

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA

LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

APRÈS DIVORCE

(ÉTUDE DE PRATIQUE NOTARIALE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Lundi 30 Mars 1908, à 2 h. du soir

PAR

Victor DUCAMP

BORDEAUX

Y. CADORET, IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

17, RUE POQUELIN-MOLIERE, 17

1908

A MON PÈRE

A MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DE LA

LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

APRÈS DIVORCE

(ÉTUDE DE PRATIQUE NOTARIALE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux, le Lundi 30 Mars 1908, à 2 h. du soir

PAR

Victor DUCAMP



BORDEAUX

Y. CADORET, IMPRIMEUR DE L'UNIVERSITÉ

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

—
1908

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DOYEN ET PROFESSEUR HONORAIRE : M. BAUDRY-LACANTINERIE, ✱, § I.

PROFESSEURS HONORAIRES { MM. SAIGNAT, ✱, § I.
BARCKHAUSEN, O. ✱, § I., membre correspondant de l'Institut.

MM. MONNIER, ✱, § I., *Doyen*, professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire du droit public français* (Doctorat).

DE LOYNES, § I., professeur de *Droit civil*.

VIGNEAUX, § I., professeur d'*Histoire du droit*.

LE COQ, ✱, § I., professeur de *Procédure civile*.

LEVILLAIN, § I., professeur de *Droit commercial*.

MARANDOUT, § I., professeur de *Droit criminel*.

DUGUIT, § I., assesseur du Doyen, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours complémentaire de *Principes du droit public et droit constitutionnel comparé* (Doctorat ès sciences politiques et économiques), et d'un cours de *Droit public* (Licence).

DE BOECK, § I., professeur de *Droit international public*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire des doctrines économiques* (Doctorat), et d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

DIDIER, § I., professeur de *Droit maritime* et de *Législation industrielle*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit commercial approfondi et comparé* (Doctorat).

CHÉNEAUX, § I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

SAUVAIRE-JOURDAN, § A., professeur de *Economie politique et Science financière*, chargé d'un cours complémentaire d'*Economie politique* (Licence).

BENZACAR, § A., professeur de *Economie politique*, chargé d'un cours complémentaire de *Législation et économie coloniales* (Doctorat), et d'un cours de *Législation française des finances et Science financière* (Doctorat).

FERRON, § A., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours complémentaire de *Droit civil comparé* (Doctorat), et d'un cours d'*Eléments du Droit civil* (Capacité).

BARDE, § I., professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours complémentaire d'*Eléments du Droit public et Droit administratif* (Capacité).

FERRADOU, § A., professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours complémentaire d'*Histoire du Droit français* (Doctorat).

MM. BENOIST, § I., *Secrétaire*.

PLATON, § I., ancien élève de l'Ecole des Hautes Études, *sous-bibliothécaire*.

LALANNE, §, *commis au secrétariat*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. DIDIER, professeur..... *Président*.

DE LOYNES, professeur..... } *Suffragants*.

LE COQ, professeur..... }

DE

LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

APRÈS DIVORCE

(Étude de pratique notariale)

INTRODUCTION

Dans presque toutes les législations qui admettent le divorce, on retrouve deux effets constants : le premier est celui d'enlever à chaque partie, coupable ou innocente, la qualité même d'époux, ce qui fait disparaître tout droit de succession *ab intestat* entre les ex-conjoints et aussi pour la femme divorcée tout droit aux pensions que reçoivent les veuves des militaires et fonctionnaires. La deuxième conséquence de la rupture du lien matrimonial est la dissolution de la société conjugale. C'est la liquidation des intérêts pécuniaires des époux qui va faire l'objet de notre étude.

Mais comme le travail que nous devons présenter exige des limites restreintes, nous bornerons notre champ d'investigation au régime de la communauté légale. Nous passerons rapidement sur les principes qui régissent la communauté en général pour nous occuper davantage des points qui ont trait au divorce et qui, toujours discutés et controversés, sont dans la pratique des causes de gêne pour le notaire liquidateur.

La haine que les anciens époux éprouvent l'un contre l'autre soulève des difficultés dans le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Il eût été souhaitable de rencontrer sur ce point une réglementation minutieuse, mais malheureusement le texte légal est resté obscur et n'a pas su prévoir les principales solutions à donner à ce problème si complexe. La jurisprudence seule, continuant son œuvre prétorienne, peut nous venir en aide : tout en respectant l'esprit de la loi, elle a su adoucir la rigueur des textes, quelquefois même en dépasser la lettre pour les mettre en harmonie avec les besoins nouveaux. Le notaire connaît trop son rôle prépondérant dans la pratique pour ne pas la suivre presque aveuglément ; il sait combien est précieux, dans le règlement des litiges, le concours des décisions judiciaires que les plaideurs peuvent invoquer en leur faveur.

Notre travail présenterait peu d'intérêt s'il n'était surtout une étude de jurisprudence.

Peu de questions ont en effet soulevé d'aussi vives controverses que la liquidation de la communauté après divorce. Les auteurs sont déjà aux prises sur le point de savoir quel est le tribunal compétent pour connaître, en cas de divorce, de l'action en liquidation de la communauté.

Le tribunal compétent pour prononcer le divorce est également compétent, d'après une première opinion, pour connaître de l'action en liquidation de communauté. Les parti-

sans de ce système invoquent la maxime suivante « *Accessorium sequitur principale* ».

« Ces actions, disent MM. Vraye et Gode ⁽¹⁾ ne doivent être » considérées que comme une suite nécessaire du divorce » définitivement prononcé : elles ne sont qu'accessoires à la » demande principale de divorce et doivent, par suite, être » de la compétence du même tribunal. Peu importe qu'au » cours de l'instance, les époux ou l'un d'eux aient changé de » domicile ».

Dans une seconde opinion, qui a l'avantage d'être plus juridique, M. Garsonnet ⁽²⁾ soutient au contraire que, chacun des époux ayant retrouvé par l'effet du divorce la liberté de domicile, l'action en liquidation de la communauté doit être portée, conformément aux règles générales de la compétence, devant le tribunal du domicile du défendeur.

Ajoutons que dans la pratique ces difficultés ne se présentent que très rarement, car les époux, dans leurs conclusions de divorce, ne manquent pas de demander au tribunal de commettre tel notaire pour procéder à la liquidation de leurs intérêts pécuniaires. S'ils sont d'accord, le tribunal nomme le notaire réclamé par eux : au contraire, en cas de désaccord entre les parties, il est d'une jurisprudence constante que le tribunal appelé à désigner le notaire qui sera chargé de procéder à la liquidation de la communauté jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation pour commettre cet officier public ⁽³⁾. Néanmoins le choix du juge ne saurait être arbi-

⁽¹⁾ Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, I, n. 162. — En ce sens : Bertheau, *Répertoire raisonné de la pratique des affaires*, v^o Divorce, n. 34975.

⁽²⁾ Garsonnet, *Cours de procédure civile*, 2^e édit., VII, n. 2796; Carpentier, *Traité du divorce*, II, n. 89.

⁽³⁾ Cass. req., 13 juin 1898, S., 99. 1. 39. Les tribunaux sont dispensés, en pareil cas, d'exprimer les motifs de leur décision. Même arrêt. Cass. req., 12 juillet 1899, D., 99. 1. 539.

traire : il doit être déterminé par l'intérêt des époux. Or l'intérêt des époux exige d'ordinaire que le notaire choisi soit celui qui a retenu leur contrat de mariage et qui a passé les actes intéressant les époux pendant la durée de la communauté, en un mot, le notaire qui possède dans ses minutes tous les titres relatifs à la liquidation.

A défaut de notaire ayant retenu le contrat de mariage, et ce sera souvent notre cas, puisque nous nous plaçons sous le régime de droit commun, on décide que si les intérêts des parties sont égaux, il y a lieu de choisir le notaire qui a rédigé l'inventaire, et, si deux notaires ont contribué à cette rédaction, celui qui est resté dépositaire de la minute ⁽¹⁾. Enfin en l'absence de tout acte antérieur et en cas de concours de deux notaires, le juge doit écarter notamment toute raison de préférence tirée de la seule considération de la classe ou de l'ancienneté de ces notaires ⁽²⁾, et chercher, dans l'intérêt des notaires et la dignité de leurs fonctions, la solution de ce conflit dans les règlements particuliers de chaque chambre de discipline. La question est délicate, il s'agit, en effet, d'enlever ou d'attribuer une clientèle. Ajoutons que les statuts professionnels des notaires ne peuvent pas lier le tribunal, qui conserve l'entière liberté de son choix ⁽³⁾. A Paris, il est d'usage de commettre le président de la Chambre des notaires, mais cet usage n'est pas suivi partout; à Amiens, notamment, le tribunal nomme toujours le plus ancien, à moins

(1) Lorsqu'un notaire est en possession de certains titres intéressant la liquidation, il ne peut en être dépouillé arbitrairement. Cependant le tribunal peut, devant l'opposition d'une partie à la désignation de ce notaire chargé de la liquidation, adjoindre à celui-ci tel de ses confrères au choix de cette partie et décider que le travail se fera par leurs soins en double minute. Trib. civ. de Toulouse, 20 déc. 1906, *Journ. du notariat*, 1908, p. 124.

(2) *Contra* : C. Paris, 13 juin 1832, D., 33. 2. 358.

(3) C. Paris, 14 février 1900, *Rép. gén. not.*, 1900. 221.

qu'il n'y ait une raison déterminante pour agir autrement.

Quel que soit le notaire choisi, il doit résider dans le ressort du tribunal qui a prononcé le divorce : les contestations soulevées au sujet de son travail devront être reportées devant le même tribunal. Le notaire a pleins pouvoirs pour résoudre toutes les difficultés de droit, sauf réformation par le tribunal s'il y a lieu ⁽¹⁾.

Le notaire commis ne peut pas, à moins d'empêchements dûment justifiés, refuser la mission qui lui est confiée, car ici il exerce une véritable juridiction. Si dans le cours de son travail il est empêché, seul le président du tribunal a qualité pour pourvoir à son remplacement ⁽²⁾. Le notaire ne pourrait pas, comme à l'égard des actes ordinaires, se faire substituer par un confrère. On décide même qu'en cas de cessation de fonctions, le successeur du notaire primitivement chargé des opérations n'y succède pas de plein droit.

Le notaire nommé peut être révoqué soit par le tribunal, soit par les deux époux s'ils sont d'accord : il peut également être récusé pour les causes et dans la forme indiquées aux articles 378 et suivants du Code de procédure civile.

En résumé, pour le choix du notaire en cas de concours, trois choses doivent être considérées par le juge : 1° lequel des deux notaires avait antérieurement la clientèle des époux ; 2° quel est l'intérêt des époux eux-mêmes ; 3° quels seraient les motifs graves susceptibles de faire écarter le notaire en possession déjà de la clientèle représentant le plus gros intérêt pécuniaire.

(1) Cass., 25 juil. 1838, S., 38. 1. 890.

(2) Bordeaux, 13 juil. 1864, S., 64. 2. 275. — L'ordonnance du président n'est pas susceptible d'appel ni d'opposition. Le notaire remplacé ne peut pas attaquer l'ordonnance.

*
* *

Ce que nous dirons du jugement de divorce, il faudrait le dire du jugement de séparation de corps. Sans doute, la séparation de corps ne rompt pas comme le divorce le lien conjugal ; il se trouve tout simplement relâché. De plus, avec la séparation de corps, le régime matrimonial n'est pas dissous purement et simplement, il fait place à un régime nouveau. Cependant, dans l'un ou l'autre cas, au milieu des sentiments hostiles qui animent les époux, on ne peut concevoir le maintien d'un régime de communauté qui repose sur l'idée d'une collaboration constante entre les époux.

Les rapports étroits qui existent entre le divorce et la séparation de corps nous autorisent à les assimiler quant à leurs effets sur les conventions matrimoniales. D'ailleurs, le législateur de 1886 n'a-t-il pas transporté, dans la matière du divorce, les nombreux effets qu'une jurisprudence constante attribuait à la séparation de corps ?

*
* *

En choisissant ce sujet, nous avons pensé faire œuvre pratique. Le but visé est l'application pure et simple des principes généraux de la théorie aux cas concrets que nous révèle chaque jour la pratique des affaires. Le bon praticien doit à la fois se laisser guider par les principes et par les décisions jurisprudentielles ; certes, son rôle n'est pas de concourir à la formation du droit, il est plus modeste, il se borne à en faire une juste application.

Notre étude se divisera en deux parties : la première comprendra ce que les praticiens appellent *les observations préliminaires*, à savoir : un rappel succinct de la procédure du divorce, l'analyse des libéralités frappées de déchéance par

l'article 299 du Code civil, l'acceptation de la communauté par la femme et la reddition du compte d'administration du mari.

Avec la deuxième partie, nous arrivons à la liquidation proprement dite. Mais, comme en vertu de l'article 252 *in fine* du Code civil, ainsi conçu : « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande », nous devons liquider la communauté *d'abord au point de vue des rapports des époux entre eux, ensuite au point de vue des rapports pécuniaires des époux avec les tiers.*

Tel est le plan généralement suivi dans la pratique : nous n'entendons pas donner un cadre dans lequel pourront rentrer toutes les liquidations de communauté après divorce. Chaque affaire demande un ordre qui lui est propre : c'est au notaire liquidateur à choisir.

PREMIÈRE PARTIE

Observations préliminaires.

CHAPITRE PREMIER

Dans l'exposé préliminaire, le notaire rapporte les différentes phases de la procédure afin de justifier vis-à-vis des tiers de sa régularité et de l'accomplissement exact de toutes les formalités requises pour que l'exécution du jugement de divorce soit devenue définitive. Il doit ensuite passer successivement en revue le contrat de mariage s'il y en a un, l'inventaire, les libéralités frappées de déchéance par l'article 299, l'acceptation de la communauté par la femme, enfin le compte d'administration présenté par le mari.

Cette première partie présente peu de difficultés et relève plutôt du formulaire : seuls quatre points réclameront quelques explications, à savoir : 1° ce qu'il faut entendre par jour de la demande ; 2° les déchéances encourues par l'époux coupable ; 3° l'acceptation de la communauté par la femme divorcée (art. 1463 C. civ.) ; 4° le compte d'administration du mari. Ils feront chacun l'objet des quatre paragraphes qui vont suivre.

§ I. *Ce qu'il faut entendre par jour de la demande.*

Le soin dont le législateur a entouré l'action en divorce peut seul nous fournir l'explication de cette procédure si complexe; il a établi à cet effet une double épreuve de conciliation : « L'époux qui veut former une demande en divorce, » nous dit l'article 234 du Code civil, présente en personne » sa requête au président du tribunal... » Le président, après avoir fait au demandeur les observations qu'il a jugées convenables et s'il n'a pas réussi à le détourner de son projet, rend une ordonnance portant que les époux comparaitront devant lui à telle date et commet un huissier pour signifier la citation. Les efforts du président pour réconcilier les époux étant encore restés vains, il rend une ordonnance constatant la non conciliation et autorise le demandeur à assigner son conjoint dans les vingt jours devant le tribunal. Désormais, l'affaire va suivre son cours d'après les règles du droit commun.

Le jugement est rendu, il est signifié pour devenir exécutoire; les délais d'opposition et d'appel sont expirés; la publicité en a été faite régulièrement, enfin le divorce est devenu définitif par le fait de la transcription du dispositif du jugement sur les registres de l'état civil.

Telles sont les nombreuses dates qui se présentent à l'esprit, lorsqu'on se demande ce que le législateur a voulu entendre par *jour de la demande* dans l'article 232 du Code civil. On comprend aisément l'embarras du notaire devant l'obscurité de la loi et l'hésitation même de la jurisprudence, appelée à choisir entre le jour de la première requête remise en personne au président, celui de la citation à comparaître devant ce magistrat, celui de la deuxième ordonnance constatant la non-conciliation et accordant le permis de citer et enfin celui de l'assignation devant le tribunal.

La controverse n'est pas encore close sur une question d'une aussi grande importance. Une première opinion veut que les effets du divorce se produisent dès le jour de la remise de la requête par le conjoint demandeur au président ⁽¹⁾. M. Carpentier s'exprime ainsi : « S'agit-il de l'assignation? S'agit-il de la requête? Nous serions très porté, » pour notre part, à interpréter ce mot *jour de la demande* » dans ce dernier sens. En armant, en effet, le président des » pouvoirs nouveaux dès la première comparution des parties, la loi paraît avoir témoigné du désir de faire remonter » aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux.

» Nous en concluons que, si les deux conjoints s'étaient » respectivement portés demandeurs en divorce par voie » principale ou reconventionnelle, on devrait faire remonter » les effets du divorce à la première des deux actions ».

Cette opinion, également défendue par MM. Vraye et Gode et M. Coulon ⁽²⁾, n'a trouvé cependant aucun écho dans la jurisprudence. L'instance, disent ces auteurs, est bien liée dès la présentation de la requête; la compétence du tribunal est déterminée par celle du président à qui la requête est présentée, alors même qu'un changement de domicile surviendrait avant l'assignation ⁽³⁾. Dans les affaires ordinaires, le sens du mot *demande* n'est pas douteux. Il ne peut s'agir que de l'ajournement devant le tribunal et non de la citation préalable en conciliation devant le juge de paix. Mais, en matière de divorce, la loi impose un essai préalable de conciliation qu'elle soumet à des règles spéciales essentiellement

⁽¹⁾ Carpentier, *Tr. théor. et prat. du divorce*, II, n. 159; Vraye et Gode, *op. cit.*, II, p. 101, n. 170; Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, IV, p. 472.

⁽²⁾ Vraye et Gode, Coulon, précités.

⁽³⁾ Cass. req., 8 déc. 1880, D. P., 81. 1. 260.

différentes de celui qui est régi par les articles 48 et suivants du Code de procédure civile. Cette conciliation préliminaire de l'instance en divorce forme, avec l'instruction et les débats devant le tribunal, une seule et même instance, un tout indivisible. « La comparution devant le juge de paix, ajoute » M. Coulon ⁽¹⁾, est une formalité extra-judiciaire qui ne » saurait être considérée comme liant l'instance, parce que » le juge de paix remplit seulement l'office d'un conciliateur ; » au contraire, le magistrat devant lequel l'époux demandeur » comparait est appelé par la loi à faire non seulement acte » de conciliation, mais aussi acte de juridiction ».

Les partisans de ce système tirent encore argument du texte même des articles 234 à 238 du Code civil, qui qualifient les époux de *demandeur* et *défendeur* bien que l'assignation n'ait pas encore été délivrée.

Une semblable doctrine n'est guère admissible : le défendeur n'a pas encore à ce moment connaissance de l'instance que son conjoint se propose d'intenter contre lui. Il est impossible de déclarer le débat lié et le contrat judiciaire formé entre les parties, tant que le premier acte de la procédure n'a pas été porté à la connaissance de l'adversaire. En droit commun, il n'est jamais venu à l'idée de personne de soutenir que l'exploit d'ajournement puisse lier l'instance avant d'avoir été signifié.

L'équité aussi ne serait-elle pas violée en rendant le mari responsable d'un changement de situation dont il n'a pas été averti ? Il y aurait, en effet, les plus grands dangers, lorsque le mari est défendeur, à faire remonter les effets du divorce au jour de la présentation de la requête. Dès la demande, le mari, de chef de la communauté qu'il était, est descendu au

(1) Coulon, *op. cit.*, V, p. 23.

rôle d'un administrateur comptable. Désormais, il doit tenir compte à la femme des fruits de ses propres et des intérêts de ses reprises : de semblables conséquences ne peuvent pas résulter d'un acte clandestin.

* * *

Dans une deuxième opinion, on décide au contraire que, par *jour de la demande*, il faut entendre seulement le jour où est lancée l'assignation à comparaître devant le tribunal. La procédure du divorce comprend deux phases bien distinctes : le double degré de conciliation devant le président et l'instance devant le tribunal. Ces deux phases, on les retrouve en général dans toute procédure. Or, le préliminaire de conciliation n'a jamais été considéré comme liant le débat, puisqu'il peut même, dans certains cas, avoir lieu devant un juge autre que celui qui est compétent pour statuer sur le fond du litige. Pourquoi en serait-il autrement en matière de divorce? Comment la tentative de conciliation exigée par la loi aurait-elle pour effet d'ouvrir et de lier l'instance, alors qu'elle a précisément pour objet principal d'empêcher cette instance de naître et de s'ouvrir ⁽¹⁾?

Le législateur, il est vrai, a entouré le préliminaire de conciliation, en matière de divorce, de formes plus solennelles : il a lieu devant le président du tribunal et il nécessite l'intervention d'un avoué. Précisément ce luxe de précautions n'implique-t-il pas, de la part du législateur, une tendre sollicitude à prévenir le procès qui va détruire une famille? Il a pensé que le premier magistrat du tribunal aurait sur les époux plus d'influence qu'un juge de paix.

(1) Curet, *Code du div. et de la sép. de corps*, n. 129, p. 111. — En ce sens, dissertation de M. Louis Bresillon, sous Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 387 (en matière de séparation de corps).

Mais, objecte-t-on, le président, outre son rôle de conciliateur rend des ordonnances qui lient déjà l'instance. On répond à cela que ces ordonnances ne touchent pas le fond du débat et qu'elles ne portent que sur des mesures provisoires, toujours susceptibles d'être modifiées par le tribunal qui sera saisi de l'affaire.

Le président remplit en quelque sorte l'office de juge des référés dans les matières urgentes.

Or jamais une ordonnance de référé n'a pu lier le débat sur le fond : ces mesures provisoires ne peuvent en aucune façon lier l'instance principale en divorce qui, comme toute instance, ne commencera que par l'exploit d'ajournement.

Et en effet, ajoutent les partisans de cette opinion, que demande-t-on dans l'assignation devant le tribunal ? C'est le premier acte de procédure dans lequel le demandeur appelle le défendeur devant la justice, « *pour voir prononcer le divorce* » d'entre les époux au profit du requérant, voir ordonner que le jugement à intervenir sera transcrit et mentionné sur les registres de l'état-civil... ». C'est la première fois que l'on voit formuler une demande en divorce. Une requête ou une citation, présentée ou délivrée afin d'avoir permission pour former une demande, n'est pas cette demande elle-même.

Cette doctrine peut invoquer en sa faveur l'autorité de M. Baudry-Lacantinerie ⁽¹⁾ et un certain nombre de décisions judiciaires ⁽²⁾. « La loi dit au jour de la demande, ce qui signifie, d'après M. Baudry-Lacantinerie, au jour où a été lancée la citation à comparaître devant le tribunal compétent. Jusque-là, en effet, la demande n'est pas encore formée, elle n'est que projetée ».

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, 7^e éd., I, n. 853, p. 457.

⁽²⁾ C. Bordeaux, 23 nov. 1880, S., 81. 2. 77. — Troyes, 10 août 1881, S., 81. 2. 220. — Trib. Seine, 27 déc. 1890, *Pand. fr. pér.*, 92. 2. 85.

*
* * *

Une troisième opinion, qui nous paraît préférable sinon en droit strict du moins au point de vue de l'équité et qui a l'avantage d'être en conformité parfaite avec la pensée du législateur, veut au contraire que le débat soit lié avant l'assignation à comparaître devant le tribunal. Le débat est réputé engagé dès le jour où l'ordonnance du président, citant les époux à comparaître en conciliation devant lui, a été notifiée à l'époux défendeur ⁽¹⁾.

Le préliminaire de conciliation, tel qu'il est organisé en matière de divorce, présente en effet un tout autre caractère que celui qui précède les autres instances. Il s'en distingue non seulement parce qu'il doit être introduit avec le ministère d'un avoué devant le président du tribunal, mais encore par les pouvoirs étendus de ce magistrat, qui rend des ordonnances ayant un caractère provisoire il est vrai, mais sur des questions aussi importantes que la puissance paternelle ou la puissance maritale. Ce principe fut consacré dans des termes précis par la Cour de cassation ⁽²⁾ en matière de séparation de corps : « Attendu, dit la Cour, au fond, que c'est en sa qualité de membre du tribunal civil que le président reçoit la » requête introductive de l'instance en séparation de corps ; » que cette requête, qui est nécessairement présentée par le » ministère d'un avoué, doit, aux termes de l'article 875 du » Code de procédure, contenir les faits sur lesquels la » demande en séparation est fondée ; qu'elle constitue ainsi, » du moment où l'époux défendeur en est touché, le premier » acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal ;

(1) Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, 2^e éd., III, p. 142 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, III, n. 219.

(2) Cass. req., 8 déc. 1880, S., 82. 1. 103. Dans le même sens Toulouse, 20 juin 1882, D., 83. 2. 146.

» attendu, en conséquence, que le tribunal civil de Caen s'est
 » trouvé saisi, par la notification que M^{me} Rousselin avait
 » faite à son mari, de la requête présentée par elle au prési-
 » dent dudit tribunal, requête qui a été répondue d'une
 » ordonnance de ce magistrat permettant de citer en conci-
 » liation devant lui, et suivie d'une citation donnée à Rousse-
 » lin à cet effet, conformément à l'article 876 du Code de
 » procédure ; que, par suite, le changement de domicile
 » opéré par le mari postérieurement à cette notification n'a
 » pu dessaisir le tribunal... » — Un arrêt de la cour de Gre-
 noble se montre encore plus catégorique ⁽¹⁾ : « Attendu, dit la
 » Cour, qu'il est de jurisprudence, en matière de séparation
 » de corps et de divorce, que la notification de la requête du
 » demandeur et de la deuxième ordonnance rendue par le
 » président du tribunal a pour effet de lier l'instance et de
 » saisir le tribunal ».

Nous pouvons invoquer en notre faveur toutes les autorités jurisprudentielles les plus récentes ⁽²⁾. Concluons donc, d'accord avec la jurisprudence, qu'il faut trois éléments pour constituer le premier acte de l'instance : 1° une requête présentée au président ; 2° l'ordonnance rendue par celui-ci, invitant les parties à comparaître en conciliation devant lui ; 3° la notification de cette ordonnance à l'adversaire. En résumé, la *citation introductive résulte d'une requête présentée, répondue et notifiée* ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cour de Grenoble, 2 mai 1891, D., 92. 2. 561.

⁽²⁾ C. cass., 1^{er} juin 1891, D., 93. 1. 428. — Cour de Paris, 15 mars 1892, D., 93. 2. 367. — Cour de Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385 (en matière de séparation de corps).

⁽³⁾ Nous devons signaler, pour être complet dans notre étude de jurisprudence, un arrêt de la cour de Poitiers du 11 mars 1863, S., 63. 2. 180 qui décidait que l'instance était liée dès le moment où était rendue l'ordonnance de non conciliation. Cet arrêt est resté isolé, du reste il n'était pas motivé.

Nous pourrions encore tirer argument d'une jurisprudence constante en matière d'incompétence *ratione loci*. Les tribunaux décident, en effet, que cette exception ne peut être soulevée par le défendeur que lors de sa comparution devant le président parce que, cette incompétence étant toute relative, doit être invoquée *in limine litis*. Il faut en conclure nécessairement que le débat est lié dès la comparution des parties en conciliation ⁽¹⁾. Cette solution devient très embarrassante pour ceux qui soutiennent que la demande n'est formée que du jour de la signification de l'assignation à comparaître devant le tribunal. M. Baudry-Lacantinerie ⁽²⁾, cependant, affirme qu'il n'y a pas contradiction entre elles : « On comprend, dit-il, que la procédure du divorce ne doit pas être scindée, qu'une partie de cette procédure ne puisse pas se dérouler devant un tribunal et l'autre partie devant un tribunal différent. La compétence doit être définitivement réglée d'après l'état de choses existant au jour où a été accompli le premier acte régulier de la procédure, par conséquent à une époque antérieure à la demande. Mais les effets du jugement qui a prononcé le divorce ne rétroagiront qu'au jour de la demande ».

C'est ainsi que M. Baudry-Lacantinerie concilie deux solutions manifestement contradictoires : une semblable théorie nous paraît bien hardie.

Certes, la solution que nous défendons n'est pas à l'abri de toute critique ⁽³⁾. Il faut reconnaître qu'en droit strict la procédure du divorce comprend deux phases bien distinctes :

⁽¹⁾ Demolombe, *Tr. du mar.*, II, n. 447; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, III, n. 219. — C. Paris, 5 août 1886, D., 87. 2. 117. — C. d'Orléans, 13 juill. 1887, D., 88. 2. 192. — C. Paris, 5 fév. 1889, D., 90. 2. 358. — C. cass., 1^{er} juin 1891, précité.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie, *Préc. dr. civ.*, 7^e éd., I, n. 853, p. 457.

⁽³⁾ Note de M. Brésillon, Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385.

le préliminaire de conciliation et l'instance devant le tribunal. Tant que dure ce préliminaire on ne touche en rien au fond du débat. En effet, qu'est-ce que demande le requérant? Après l'exposé de ses griefs, il conclut à ce *qu'il plaise au président de lui donner acte de la présentation de sa requête, de l'autoriser à faire citer son conjoint à comparaître devant le président, se concilier si faire se peut, sinon voir autoriser l'exposant à former sa demande en divorce.*

Pour soutenir, dit M. Brésilion ⁽¹⁾, que la requête constitue, lorsque le défendeur en a été touché, le premier acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal, « il faut admettre » que l'époux qui veut se pourvoir en séparation a, en présentant sa requête, en la faisant répondre et en notifiant ces deux actes à l'autre époux, intenté en réalité sa demande sinon purement et simplement, du moins pour le cas où la tentative de conciliation n'aboutirait pas et sous la condition ultérieure d'un ajournement devant le tribunal ainsi éventuellement saisi ».

Le préliminaire de conciliation exige des formalités complexes, indispensables à raison même de la gravité de l'acte que l'on va accomplir : ce sont autant de barrières élevées contre l'entraînement des passions! Ce que le législateur a voulu en édictant ces règles, c'est forcer les époux à réfléchir, c'est assurer l'exercice d'une volonté libre de part et d'autre. Raisonnablement, ajoute-t-on, ces préliminaires ne peuvent pas être qualifiés de demande en divorce. Une requête ou une citation, présentée ou délivrée afin d'avoir permission de former une demande n'est pas cette demande elle-même.

Et l'article 243, objecte-t-on encore, qui en déterminant l'époque à partir de laquelle les obligations contractées par

(1) Brésilion, précité.

le mari ou les aliénations consenties par lui sont annulables, parle de la première ordonnance et non de la citation en conciliation. Cet argument de texte a ici peu de valeur, il est certain que dans l'esprit du législateur la première ordonnance devant être rendue et la citation signifiée à des instants si rapprochés, il a dû les confondre et a jugé inutile de mieux préciser sa pensée. D'autre part, serait-il équitable d'annuler une obligation contractée par le mari pendant l'intervalle qui sépare la première ordonnance de la citation en conciliation? Le mari ignore légalement et peut-être aussi en fait l'instance dont il va être l'objet. Si on s'en remet au sens littéral de l'article 243, de quoi fera-t-on résulter la mauvaise foi qui doit servir de base à l'action en nullité dont parle l'article 243?

Au contraire cet article 243 peut servir notre cause : le législateur, en décidant que les aliénations faites par le mari ou les obligations contractées par lui au préjudice de la communauté depuis la date de la première ordonnance peuvent être annulées, ne décide-t-il pas que depuis cette ordonnance le mari n'est plus le chef absolu de la communauté, qu'il ne peut plus disposer de son actif; n'est-ce pas dire, en d'autres termes, que l'effet rétroactif du jugement se produit à cette même date?

Tels sont les principaux arguments des adversaires, qui au point de vue juridique ne manquent pas de valeur.

Si l'opinion que nous défendons n'a pas le mérite de faire une juste application des principes, il faut lui reconnaître le grand avantage de donner pleinement satisfaction aux exigences de l'équité et d'être l'interprétation la plus exacte de la volonté probable du législateur.

En effet la loi du 18 avril 1886, en édictant dans l'art. 252 la rétroactivité entre époux du jugement de divorce, a obéi au

désir d'empêcher les parties de modifier, pendant la durée de l'instance, la composition du patrimoine commun; elle a voulu protéger chacun des époux contre le mauvais vouloir de l'autre, ôter à chacun d'eux tout intérêt pécuniaire à traîner le procès en longueur par des artifices de procédure, en un mot assurer à chacun la protection de ses droits au milieu des chicanes où de pareils débats jettent fatalement les deux époux. Or, pour rendre cette mesure réellement efficace, il fallait que cette rétroactivité s'étendît jusqu'au moment où l'époux défendeur avait eu, pour la première fois, connaissance des mesures prises par son conjoint. Sinon un époux indélicat pourrait faire traîner en longueur ce préliminaire de conciliation : la loi permet, en effet, au président de renvoyer à vingt jours le prononcé de sa deuxième ordonnance; le demandeur jouit encore d'un délai de vingt jours pour user du permis d'assigner et s'il laisse passer ce délai, il n'encourt d'autre sanction que la déchéance des mesures provisoires ordonnées en sa faveur. Comme on le voit, pendant ce laps de temps, cet époux pourrait se livrer à des manœuvres dolosives. S'il en était ainsi, que resterait-il de la grande innovation de la loi de 1886 ?

Faire remonter les effets pécuniaires du divorce entre époux au jour de la première requête, c'est une solution inadmissible, nous l'avons démontré plus haut; ne les faire remonter qu'au jour de l'assignation devant le tribunal, c'eût été manquer le but du législateur. Il faut donc admettre, pour ne pas perdre tout le bénéfice de la rétroactivité établie par l'article 252 *in fine*, que le point de départ de l'effet rétroactif du jugement de divorce remonte entre époux *au jour de la première ordonnance, ou plus exactement au jour de la notification de la citation en conciliation.*

*
* *

Mais cet effet remonte-t-il à la première heure du jour de la citation en conciliation, ou seulement au moment même où elle a été signifiée au défendeur ? La question peut présenter un intérêt sous notre régime de la communauté légale, lorsqu'un époux est appelé à recueillir une succession mobilière : cette succession s'ouvre, par exemple, le jour même de la citation en conciliation, elle va tomber en communauté ou restera propre à l'époux héritier selon qu'elle se sera ouverte antérieurement ou postérieurement au moment où la citation en conciliation a touché l'intéressé.

Ceux qui veulent que l'effet du jugement remonte à la première heure du jour où la demande est formée, invoquent le sens littéral de l'article 252 *remonte au jour de la demande*, ce qui voudrait dire à la première heure de ce jour et cela par application de la règle *dies a quo non computatur in termino, dies ad quem computatur in termino*. Le *dies a quo* serait le point de départ de l'effet rétroactif du jugement, c'est-à-dire le jour du jugement lui-même, ce jour ne serait pas compris dans le délai. Le *dies ad quem* serait le jour de la demande, le terme de l'effet rétroactif du jugement : l'effet rétroactif commencerait dès la première heure de ce jour.

Mais ne pourrait-on pas, au contraire, soutenir que le *dies a quo* est le jour de la demande, puisque c'est le point de départ de la dissolution du régime matrimonial ? Du reste, il ne s'agit pas ici de calculer un délai, mais de calculer le point de départ des effets d'un acte, ce qui prouve que cette règle doit être écartée de notre sujet.

On invoque encore l'article 443 du Code de commerce en matière de faillite, qui est ainsi conçu : « Le jugement déclara-

» ratif emporte dessaisissement à partir de sa date... » Les auteurs et une jurisprudence constante sont d'accord pour décider que les effets du jugement déclaratif se produisent dès la première heure du jour où il a été rendu. M. Labbé ⁽¹⁾ critique cette jurisprudence : « Un effet, qui précède sa » cause, est un résultat assez illogique pour que l'on ne l'ad- » mette qu'en vertu d'un texte précis, exprès, non ambigu. » C'est une décision qui n'a aucun fondement juridique et » que recommande uniquement son utilité pratique.

» Réveillons-nous, ajoute M. Labbé, les souvenirs du » *dies a quo* et du *dies ad quem*? Nous trouvons cette même » expression dans un autre article de nos codes et elle n'y » est pas entendue de la même manière. L'article 1328 du » Code civil porte : « Les actes sous seing privé n'ont de date » à l'égard des tiers que du jour où ils ont été enregistrés, » du jour de la mort de l'un des signataires. » MM. Aubry et » Rau ⁽²⁾ nous enseignent, à ce sujet, que si deux actes incom- » patibles ont acquis date certaine le même jour, on doit » pénétrer dans les subdivisions du jour, on doit rechercher » en fait l'antériorité de l'un des enregistrements sur l'autre. » Il résulte de cet exemple que l'expression à partir du jour » d'un acte n'a pas une signification certaine et invariable. » On ne doit donc pas, sur le fondement d'une expression » d'un sens équivoque, prêter au législateur une volonté » arbitraire et illogique ».

Ainsi, rien dans le texte de l'article 252 ne nous permet d'ajouter à la pensée du législateur : sur quoi pourrions-nous donc nous appuyer pour justifier cette rétroactivité de quel-

⁽¹⁾ Labbé, note sous Cass., 7 mars 1882, S., 83. 1. 241.

⁽²⁾ Aubry et Rau, VIII, p. 756, texte et note 141. — Dans le même sens, Larombière, *Obligations*, VI, sur l'art. 1328, p. 160; Demolombe, *Obligations*, XXIX, n. 586. — *Contra* cour de Douai, 3 août 1870, S., 70. 2. 278. — Laurent, XIX, p. 280.

ques heures? Nous ne pouvons même pas invoquer des considérations d'utilité pratique; au contraire, ne serait-ce pas une criante injustice de dessaisir le mari de ses droits de chef de communauté avant qu'il fût averti de son changement de situation?

Aussitôt apparaissent les difficultés de preuve pour l'antériorité des droits des époux. Ce sont les principes de droit commun qui s'appliquent : celui qui réclame un droit est tenu de le prouver. A défaut de preuve, c'est le défendeur qui gagne son procès, non parce qu'il établit son droit, mais parce que son adversaire ne prouve pas le sien : *In pari causa melior est causa possidentis* ⁽¹⁾. Dans l'espèce, en reprenant l'exemple d'une succession qui s'ouvre le jour de la demande, le demandeur est celui qui réclame la succession pour la communauté; il doit prouver l'antériorité de son droit sur celle du droit de l'époux auquel échoit la succession : dans le doute, il se résout contre celui qui est réduit à se porter demandeur ⁽²⁾.

*
* * *

Une autre difficulté s'élève lorsque le divorce est prononcé sur la demande reconventionnelle de l'un des époux après désistement du demandeur principal ou rejet de la demande principale.

Cette question présente un intérêt considérable lorsque c'est la femme qui a formé une demande reconventionnelle. La jurisprudence décide que le jugement qui intervient dans ces conditions ne peut avoir d'effet rétroactif qu'au jour des conclusions reconventionnelles : elle fait, à notre avis, une juste application des principes juridiques. En effet, la demande

⁽¹⁾ Laurent, XIX, n. 280.

⁽²⁾ Aubry et Rau, VIII, § 756, note 139.

originnaire disparaît complètement ; elle ne peut donc pas être prise en considération pour fixer le point de départ des effets du divorce ; au contraire, l'instance en divorce telle qu'elle est admise a pour premier acte les conclusions prises par l'autre époux à l'effet de formuler sa demande reconventionnelle. C'est cette date seule que l'on doit envisager pour déterminer à quel moment se produit entre les époux l'effet rétroactif du jugement de divorce rendu comme conséquence de l'admission de la demande reconventionnelle ⁽¹⁾. Si on admettait que les effets de la demande reconventionnelle puissent remonter au jour où la demande principale elle-même a été introduite, il arriverait que le divorce produirait ses effets à un moment où il n'était pas encore demandé par la partie qui l'a obtenu.

Cette dernière solution, la seule logique à notre avis, conduit à des conséquences regrettables au point de vue de l'équité ; car dans l'intervalle qui court entre la demande principale du mari et la demande reconventionnelle de la femme, le mari est resté en possession de la fortune de sa femme et de l'actif de la communauté, et par suite du rejet de sa propre demande, il se trouve libéré des intérêts des propres et des reprises de sa femme, courus depuis la demande principale jusqu'à la date des conclusions reconventionnelles ⁽²⁾. La loi offre parfois de ces exemples où le droit entre en conflit avec l'équité.

(1) C. Paris, 12 juil. 1892, S., 94. 2. 10 en matière de séparation de corps.

(2) M. Carpentier (déjà cité p. 11), s'inspirant d'un sentiment d'équité et s'appuyant sur le désir témoigné par la loi de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux, veut faire remonter les effets du divorce à la première de ces deux actions. Son opinion ne reposant sur aucune base juridique est restée isolée.

§ II. *Des déchéances encourues par l'époux coupable.*

Si la liquidation de la communauté après divorce n'est soumise à aucune règle particulière, le notaire liquidateur doit cependant tenir compte de certaines déchéances pécuniaires que le divorce fait subir à l'époux coupable. C'est ainsi que l'article 299 décide que « l'époux contre lequel le » divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que » l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, » soit depuis le mariage ».

De cette disposition, il résulte deux choses : que le législateur a voulu frapper l'époux coupable de certaines *déchéances* ayant un caractère pénal, et que cette peine s'applique à *tous les avantages* que cet époux tient de son conjoint.

*
* * *

La justification de cet article fut donnée par Treilhard ⁽¹⁾ dans l'exposé des motifs du titre VI du Code civil : « L'époux » contre qui le divorce a été prononcé doit-il conserver les » avantages qui lui avaient été assurés par contrat de » mariage ? Est-il digne de les recueillir ? Et lorsqu'il se » trouve convaincu de faits tellement atroces que le divorce » doit en être la suite, jouira-t-il d'un bienfait qui devrait » être le prix d'une constante affection et des soins les plus » tendres ? Non. Il s'est placé au rang des ingrats : il sera » traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat, il ne sera pas admis à en réclamer les dispositions ».

Les mêmes raisons furent reproduites par le législateur de 1884.

Cette déchéance de l'article 299 doit-elle être demandée par l'époux qui a obtenu le divorce conformément aux règles

(1) Locré, V, chap. XII, n. 33, p. 311.

ordinaires (art. 957)? Le texte dit formellement, « l'époux perdra tous les avantages »; c'est donc que la déchéance se produit de *plein droit*, dès que le divorce est devenu irrévocable ⁽¹⁾. La loi n'a pas voulu s'en remettre à l'appréciation de l'époux innocent; cette révocation est une conséquence forcée du divorce, comme la dissolution de la communauté ou la restitution de la dot. Il n'est nécessaire d'aucune disposition dans le jugement, ni d'aucune formalité ⁽²⁾; c'est ainsi que le notaire, commis pour la liquidation après divorce, doit tenir pour nuls et non avenus, à l'égard de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, tous les avantages visés par l'article 299 et dresser son état en conséquence sans que l'autre époux ait besoin de réclamer le bénéfice de la révocation légale. Aussitôt la transcription du divorce opérée, c'est un droit acquis, toute personne intéressée peut invoquer le bénéfice de cette déchéance, notamment les héritiers de l'époux qui a obtenu le divorce ou ses créanciers ⁽³⁾.

Est-ce à dire que l'époux qui a obtenu le divorce ne puisse y renoncer? Certes, l'article 299 est d'ordre public, mais si les parties ne peuvent y déroger par avance dans les actes de donation (art. 6 et 1133 du C. civ.), il est permis à l'époux qui a obtenu le divorce de renoncer au bénéfice de cette disposition et conserver effet à ses libéralités au profit de son ancien conjoint soit expressément, soit même tacitement. L'époux coupable n'est frappé d'aucune incapacité de recevoir pour l'avenir ⁽⁴⁾. Dans ce cas, ce n'est pas une renonciation, il s'agit

⁽¹⁾ C. Douai, 24 fév. 1887, *Le Droit*, 23 septembre 1887, en matière de séparation de corps.

⁽²⁾ Cass. civ., 17 juin 1815, S., 46. 1. 52, en matière de séparation de corps.

⁽³⁾ C. Lyon, 26 janvier 1861, S., 61. 2. 553, en matière de séparation de corps. Coulon, *op. cit.*, V, p. 204; Huc, II, n. 411, p. 440.

⁽⁴⁾ Bertheau, *op. cit.*, n. 35.408. — Cass. req., 12 février 1849, S., 49. 1. 414. — C. Rouen, 20 fév. 1897, *Gaz. des trib.*, 12 et 13 avril 1897.

bien d'une nouvelle disposition : il faudra donc une nouvelle donation ou un nouveau testament ⁽¹⁾. Cependant MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau pensent que ce serait un abus de formalisme que d'exiger la réfection de ces actes ⁽²⁾. La jurisprudence n'a pas eu encore à se prononcer sur la question, nous pensons qu'il serait prudent de conseiller aux parties de procéder à la rédaction de nouveaux actes, car il est douteux qu'une simple renonciation puisse faire revivre des actes révoqués par la loi.

Du jour de la révocation *ipso jure*, l'époux donataire coupable est devenu un simple détenteur sans juste titre ni bonne foi; s'il reste en possession des biens qui ont fait l'objet de la libéralité, il ne peut en acquérir la propriété que par une prescription trentenaire ⁽³⁾.

La déchéance édictée par l'article 299 contre l'époux coupable présente le caractère d'une véritable pénalité civile et, comme telle, doit être l'objet d'une interprétation restrictive : elle doit donc se limiter aux seuls cas prévus par les textes ⁽⁴⁾. Elle frappe non seulement les donations proprement dites, mais encore tous les avantages résultant des conventions matrimoniales et les libéralités testamentaires antérieures au divorce.

Du caractère pénal des déchéances de l'article 299, il résulte que l'époux coupable conserve tous ses droits de propriétaire, d'associé dans la masse commune, qu'il participe aux bénéfices de celle-ci, car le partage de l'actif commun ne saurait aucunement être considéré comme un avantage frappé de déchéance, alors même que l'époux coupable

⁽¹⁾ Laurent, III, n. 305.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, III, p. 182.

⁽³⁾ Curet, *op. cit.*, 2^e édit., n. 383, p. 287.

⁽⁴⁾ C. Rouen, 20 fév. 1897, *Le Droit*, 9 mai 1897.

aurait alimenté le fonds commun beaucoup moins que le conjoint innocent ou même qu'il n'y aurait rien apporté du tout. Comment peut-on voir une libéralité ou même une intention libérale dans les avantages indirects que l'un des époux a pu retirer du régime de la communauté légale, alors qu'il est très rare de rencontrer un contrat de mariage adoptant ce régime? C'est là tout simplement l'effet normal du régime légal ⁽¹⁾. La loi n'a certainement entendu frapper de déchéance que les conventions dérogatoires au droit commun qui marquent chez les époux un désir de libéralité ⁽²⁾.

Il suit de l'article 299 que la déchéance frappe uniquement les libéralités faites au coupable par son conjoint; elle ne saurait s'appliquer aux libéralités qui lui ont été faites par des tiers, alors même que ces tiers seraient les parents de l'autre conjoint : en effet, si l'époux donataire a manqué à ses devoirs envers son conjoint, il n'a pas par cela seul commis d'ingratitude envers le tiers donateur. La loi du 20 septembre 1792 était plus sévère : l'époux coupable était déchu des avantages qui lui avaient été consentis en vue du mariage par les parents de son conjoint.

Mais cette disposition n'a pas été reproduite par l'article 299, au texte duquel il importe de s'en tenir rigoureusement ⁽³⁾.

Ainsi donc pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 299, il faut que les libéralités aient été faites entre époux, pendant la durée de l'union conjugale ou plus exactement avant le contrat de mariage quand il en est dressé un ; car, avant le mariage, ils n'avaient pas encore la qualité d'époux, et,

⁽¹⁾ C. Bordeaux, 10 avril 1906, D., 1906. 2. 305.

⁽²⁾ Laurent, III, n. 304. — C. Rouen, 20 fév. 1897, *Gaz. Trib.*, 12 et 13 avril 1897. — C. Nancy, 25 fév. 1891, S., 92. 2. 68 et la note.

⁽³⁾ V. Demolombe, IV, n. 529, p. 619; Laurent, III, n. 304; Dalloz, *Suppl.*, v° *Divorce*, n. 576.

depuis sa dissolution, ils ne l'ont plus et ne sauraient, en conséquence, rien recevoir comme tels ⁽¹⁾.

En effet, pour l'avenir, aucun texte ne frappe l'époux coupable d'une incapacité de recevoir à titre gratuit de son ex-conjoint.

Enfin pour que la déchéance soit encourue, il faut que le divorce soit devenu irrévocable; or il ne le devient que par la transcription du jugement sur les registres de l'état civil ⁽²⁾. Il en résulte que la mort de l'un des époux survenue avant la transcription sauve l'époux coupable de ces déchéances, car désormais cette formalité ne peut plus être effectuée utilement ⁽³⁾. Mais alors la question se pose de savoir si, dans l'hypothèse où le demandeur en divorce meurt pendant l'instance, ses héritiers peuvent continuer l'action afin d'obtenir la révocation des libéralités faites à l'époux coupable ?

Cela est impossible, puisque l'article 299 enlève à l'époux les avantages qui lui ont été faits *intuitu uxoris vel mariti* : or désormais on ne peut plus lui enlever son titre d'époux.

En outre la révocation des libéralités faites à l'époux coupable par son conjoint est une pure conséquence du divorce prononcé et consommé; elle n'est point le résultat d'une action indépendante et parallèle à l'instance en divorce susceptible d'en être détachée et de produire ses effets en dehors d'elle.

⁽¹⁾ Il faut signaler la différence qui existe entre les époux divorcés et les époux simplement séparés de corps. Tandis que les premiers ne seraient plus en droit de révoquer les libéralités qu'ils se feraient après le divorce, car ils sont étrangers vis-à-vis l'un de l'autre et restent soumis au droit commun, les seconds, au contraire, conservent toujours la qualité d'époux, les libéralités qu'ils peuvent se faire restent révocables.

⁽²⁾ Laurent, III, n. 302; D., *Suppl.*, v^o *Divorce*, n. 578.

⁽³⁾ Par analogie Cass. req., 5 fév. 1851, D., 51. 1. 49 en matière de séparation de corps. — Cass. civ., 27 juillet 1871, S., 71. 1. 209 en matière de séparation de corps. — C. Dijon, 7 fév. 1872, D., 73. 2. 122 en matière de séparation de corps.

En conséquence, les héritiers de l'époux donateur, décédé en cours d'instance, ne peuvent, dans le but de faire prononcer cette révocation, reprendre ou continuer une action qui n'a jamais eu d'existence propre, ni puiser dans une instance anéantie par la mort de leur auteur l'exercice d'un droit dont il n'a point usé ⁽¹⁾.

Cependant on admet que les héritiers, par voie d'action principale, peuvent faire prononcer pour cause d'ingratitude la révocation de la donation faite par l'époux offensé à son conjoint, en se prévalant de l'article 955, à condition naturellement, pour la recevabilité de leur action, qu'ils soient encore dans les délais prescrits par l'article 957 ⁽²⁾.

Puisque l'époux indigne se voit frappé d'une véritable pénalité civile dans la privation des avantages visés dans l'article 299, il faut dire que lui seul doit supporter les conséquences de ces déchéances et que ces dernières ne peuvent nuire aux tiers. (Sont tiers ceux qui ont acquis des droits du chef de l'époux donataire antérieurement à la transcription du jugement de divorce, et qui les ont conservés conformément à la loi).

*
* * *

L'époux donataire ayant cessé, dès le jour de la transcription du divorce, d'être propriétaire des biens qu'il devait à la libéralité de son conjoint, il est certain que les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par lui à des tiers, sur ces biens postérieurement à cette date, seront radicalement nulles. Il ne peut, en effet, disposer des biens qui ont

⁽¹⁾ C. Aix, 24 octobre 1894, *Pand. fr. pér.*, 95. 2. 303, la note et les renvois. — Cpr. Cass., 17 mai 1898, D., 98. 2. 526, la note et les renvois.

Demolombe, IV, n. 429, p. 503 ; Aubry et Rau, 4^e édit., V, § 492, note 3, p. 182.

⁽²⁾ C. Bruxelles, 23 mai 1861, *Pasicr.*, 62. 2. 115. — C. Lyon, 11 août 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 2, *Suppl.*, 78.

cessé de lui appartenir : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Mais les actes d'aliénation et les constitutions de droits réels que cet époux a consenti à des tiers pendant le mariage sur les biens à lui donnés par son conjoint vont-ils être révoqués par cela seul que le droit de l'époux donataire est révoqué ? En d'autres termes, la révocation de l'article 299 a-t-elle effet rétroactif ?

Un arrêt de la cour de Pau du 8 août 1853 ⁽¹⁾, approuvé par Marcadé ⁽²⁾, admet cette solution rigoureuse : s'appuyant sur le texte même de l'article 299 ancien, la cour a décidé que la révocation a pour effet de faire rentrer les biens donnés dans les mains de l'époux donateur libres de toutes charges créées par l'époux donataire ; en sorte que les aliénations et les hypothèques qu'il a pu consentir antérieurement se trouvent anéanties et éteintes au préjudice des tiers. Elle repousse l'analogie qu'on pourrait établir entre le cas dont il s'agit et celui de la révocation pour cause d'ingratitude prévu par les articles 957 et 958 et se fonde sur les articles 954, 1183 et 1184 qui régissent la révocation pour inexécution des conditions. La donation entre époux est faite sous la condition tacite que le donataire remplira les obligations imposées par le mariage ; or, l'époux coupable viole la loi du contrat. Il y a dans ce cas inexécution des charges ; il faut nécessairement appliquer le principe de la condition résolutoire tacite.

C'est là un argument spécieux, qui repose sur une confusion d'idées ; on peut tenir le même raisonnement en ce qui concerne la révocation pour cause d'ingratitude ; le donataire s'est engagé lui aussi à ne pas se montrer ingrat, et cependant cette révocation ne rétroagit pas (art. 958).

(¹) C. Pau, 8 août 1853, S., 53. 2. 495 en matière de séparation de corps.

(²) Marcadé, *Rev. crit.*, 1854, IV, p. 509, n. 5 ; Bertheau, *op. cit.*, n. 35.425.

La cour de Pau ne s'est pas pénétrée du sens du mot *condition* employé dans l'article 954; il s'entend des charges imposées expressément au donataire par le donateur. La libéralité a, jusqu'à un certain point, le caractère d'un contrat à titre onéreux; c'est un contrat bilatéral, ce qui permet de lui appliquer le principe de la condition résolutoire tacite.

Dans les articles 955 et 299 la condition sous-entendue n'est pas une charge, la libéralité conserve son caractère essentiellement gratuit; la donation, dans ces cas, est en effet un contrat unilatéral. Il n'y a donc pas là cette inexécution des conditions qui justifie l'effet rétroactif des articles 954, 1183 et 1184 aux regards des tiers ⁽¹⁾.

C'est pourquoi la Cour de cassation repousse, avec juste raison, une solution aussi préjudiciable aux tiers de bonne foi.

Dans un arrêt du 30 août 1865 ⁽²⁾, elle décide que la révocation encourue par l'époux coupable des avantages à lui faits par l'autre époux ne porte pas atteinte aux droits que les tiers pourraient avoir acquis de bonne foi sur les biens qui faisaient l'objet de ces avantages. Elle assimile ce cas à celui de la révocation des donations pour cause d'ingratitude, révocation qui se produit sans effet rétroactif.

D'ailleurs l'équité impose cette solution : la révocation de l'article 299 est une peine; or, cette peine, qui est essentiellement personnelle, ne doit rejaillir que sur l'époux coupable qui a commis la faute; elle ne peut pas atteindre les tiers de bonne foi.

Il aurait fallu un texte pour faire rétroagir cette révocation : non seulement ce texte n'existe pas, mais l'article 252 dit

(1) Demante, *Rev. crit.*, 1866, XXIX, p. 385; Demolombe, IV, n. 527 *ter*, p. 611; Laurent, III, n. 306; Aubry et Rau, 4^e éd., V, § 494, note 33, p. 209.

(2) Cass. civ., 30 août 1865, D., 65. 1. 345 et la note de M. Boulanger, S., 66. 1. 9 en matière de séparation de corps.

implicitement le contraire en restreignant la rétroactivité aux rapports des époux entre eux.

La doctrine et la jurisprudence décident que l'article 299 ne peut être opposé aux tiers ; en conséquence, tous les droits réels qui leur ont été accordés par le donataire, avant que le divorce soit devenu définitif, sur les biens à lui donnés subsistent à la condition qu'ils aient été consentis sans fraude ; au contraire, si l'époux s'était assuré la complicité de tiers de mauvaise foi pour soustraire ces biens à la déchéance, de pareils actes devraient être annulés.

Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, lorsqu'il s'agit de biens mobiliers, il est toujours permis aux acquéreurs de bonne foi d'invoquer l'article 2279.

*
* *

Mais pourquoi au moins dans les rapports des époux entre eux, la révocation ne remonte-t-elle pas au jour de la demande en divorce ? Pourquoi les fruits et les intérêts ne sont-ils pas restituables à dater de cette époque ?

Nous verrons plus loin que la rétroactivité du jugement de divorce se limite strictement aux effets de la dissolution du régime matrimonial ; or la révocation des donations entre époux est un effet indépendant de la dissolution du régime ⁽¹⁾.

Ajoutons enfin que l'article 299 édicte une peine : comme toute peine, elle ne saurait précéder le jugement dont elle résulte, ni être exécutée avant que la condamnation qui la prononce ne soit devenue définitive.

*
* *

L'article 300 dispose en termes formels que « l'époux qui » aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits

(1) Bertheau, *op. cit.*, n. 35.419.

» par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu ». Le législateur n'a pas voulu punir l'époux innocent, qui est déjà victime des fautes de son conjoint. Le code lui conserve le bénéfice de ces avantages, même lorsque les deux donations ont été réciproques et que l'une a été la cause de l'autre. Le caractère pénal que nous avons attribué à l'article 299 suffit pour justifier cette solution. Mais comme très souvent les libéralités que les conjoints se sont faites ne doivent recevoir exécution qu'après la mort du donateur, l'époux donataire qui a obtenu le divorce n'est pas fondé, aux termes de l'article 1518, à exiger dès le jugement de divorce le montant de ces libéralités : les biens qui ont fait l'objet de ces donations doivent rester provisoirement aux mains du donateur ⁽¹⁾.

Mais si l'article 300 dit que les avantages faits à l'époux innocent ne sont pas révoqués, il ne lui en assure pas le bénéfice d'une façon irrévocable. Ces avantages conservent leur nature propre : la loi les conserve tels qu'ils ont été faits avec les modalités auxquelles ils sont soumis. Par suite, s'il s'agit d'un legs ou d'une donation faite pendant le mariage, ils pourront toujours être révoqués par le testateur ou le donateur. L'opinion contraire a été soutenue par un jugement du tribunal civil de Fougères en date du 4 janvier 1893 ⁽²⁾. A l'appui d'une semblable théorie, il faudrait tout au moins un texte, et les articles 299 et 300 ne font aucune distinction.

En résumé, les avantages faits à l'époux qui a obtenu le divorce ne sont pas révoqués, mais ils demeurent révocables si telle est leur nature (art. 1096) ⁽³⁾.

⁽¹⁾ C. Alger, 20 mars 1888, *Gaz. des Trib.*, 6 juill. 1888, en matière de séparation de corps.

⁽²⁾ Trib. civ. de Fougères, 4 janv. 1893, *D.*, 94. 2. 45.

⁽³⁾ Laurent, III, n. 307; Duranton, II, n. 631, p. 577; Demolombe, IV, n. 530.

Il est vraisemblable que l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé usera de son droit de révocation à titre de représailles. L'article 301 apporte un remède à cette situation ; il décide que si cet époux innocent, qui par suite de la rupture des liens du mariage a subi un préjudice (1382), se trouve dans le besoin du fait des révocations intervenues, il peut s'adresser aux tribunaux pour obtenir de son ex-conjoint une pension alimentaire. Si au contraire il a des ressources personnelles suffisantes, il doit accepter purement et simplement cette révocation, car son conjoint n'a fait qu'user de son droit.

*
* * *

Enfin il arrive souvent que dans l'instance l'un des époux est demandeur principal et l'autre demandeur reconventionnel, et que, les torts étant partagés, le divorce est prononcé aux torts et griefs des deux adversaires : dans ce cas, la révocation des avantages qu'ils se sont respectivement faits a lieu à l'égard de tous deux ; l'article 300 ne s'applique pas ⁽¹⁾.

*
* * *

Champ d'application de l'article 299.

La loi dit : l'époux coupable perdra *tous les avantages* qui lui ont été consentis par son conjoint ; elle ne fait aucune distinction. Il résulte de la généralité des termes employés et de l'esprit qui a animé le législateur qu'il faut comprendre sous cette expression *avantages*, employée intentionnellement par les rédacteurs, non seulement les donations proprement dites, mais encore tous les avantages prévus à l'article 1527, toutes

(1) C. Paris, 20 août 1862, S., 62. 2. 443 ; Defrénois, *op. cit.*, 4^e édit., II, n. 6792 ; Bertheau, *op. cit.*, n. 35417.

les libéralités testamentaires et toutes les donations indirectes ⁽¹⁾.

Quant aux gains de survie et aux donations qui ont été faits dans le contrat de mariage, nous n'avons pas à nous en occuper, car il ne faut pas oublier que nous faisons de la pratique, et que sous le régime légal, il est très rare de rencontrer un contrat de mariage. D'ailleurs la dissolution de la communauté opérée par le divorce ne donne pas ouverture aux droits de survie, sauf au bénéficiaire à exercer ses droits lors de la mort de son époux (art. 1518).

L'article 299 frappe toutes les donations mobilières ou immobilières que les époux ont pu se faire pendant la durée du mariage. Mais comme les donations faites entre époux pendant la durée de l'union conjugale sont essentiellement révocables, il semble que le législateur aurait pu se dispenser d'en parler et restreindre sa disposition aux libéralités que les époux se sont faites dans le contrat de mariage, et qui sont de leur nature irrévocables. La loi a affirmé ainsi le caractère pénal de son texte, elle a voulu atteindre plus sûrement le donataire, et en cela elle n'a pas cru devoir s'en rapporter à l'appréciation de l'époux offensé; elle a édicté une règle d'ordre public, suppléant au besoin à la faiblesse ou à l'indulgence de l'époux non coupable.

Aux donations entre vifs, nous devons assimiler les libéralités testamentaires ⁽²⁾ : tous les legs faits à l'époux coupable par son conjoint antérieurement à la transcription du divorce sont révoqués de plein droit ⁽³⁾. Ici encore, nous pourrions faire la même remarque : on retrouve, en effet, à côté de la

(1) Dalloz, *suppl.*, v^o *Divorce*, n. 572; Laurent, III, p. 304.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., VII, § 724, note 7, p. 509.

(3) Cass. civ., 5 déc. 1849, S., 50. 1. 6. — C. Nancy, 16 fév. 1850, S., 52. 2. 521. — C. Lyon, 26 janv. 1861, S., 61. 2. 553. Ces trois arrêts rendus en matière de séparation de corps.

révocation volontaire des époux, celle qui est imposée de plein droit par la loi. Du reste, cette question ne présente qu'un intérêt relatif, car, si la révocation des libéralités testamentaires ne pouvait être obtenue en vertu de l'article 299, il resterait toujours aux héritiers du testateur la ressource de faire déclarer indigne l'époux légataire, aux termes des articles 955 et 1046 du Code civil.

Néanmoins un legs qui remonterait à une époque où la loi française n'admettait pas le divorce, ne serait pas susceptible d'être révoqué par application des articles 955 et 1046 : on ne peut pas dire dans ce cas que le testateur a eu la pensée de faire de la persistance du lien conjugal la condition essentielle de la validité du legs ⁽¹⁾.

La déchéance édictée dans l'article 299 atteint non seulement les donations directes, mais encore les donations indirectes, c'est-à-dire *les donations déguisées*. Sous cette expression, il ne faudrait pas entendre les cadeaux de nocces ⁽²⁾, ni l'avantage indirect que l'un des époux a pu retirer de l'adoption tacite du régime de la communauté légale ⁽³⁾, mais seulement certaines opérations effectuées par les époux au cours du mariage, qui, bien que passées sous la forme et la qualification d'actes à titre onéreux, n'en constituent pas moins au fond des donations déguisées. Nous n'avons pas à insister sur la validité de ces donations déguisées, qui est admise aujourd'hui par une jurisprudence constante.

Nous sommes ainsi amené à examiner une question qui est encore très controversée en doctrine et en jurisprudence : il s'agit de savoir si la rente viagère stipulée réversible au profit du conjoint survivant et l'assurance réciproque sur la vie

⁽¹⁾ C. Paris, 18 fév. 1896, *La Loi*, 12 mars 1896.

⁽²⁾ Vraye et Gode, *op. cit.*, II, n. 672.

⁽³⁾ C. Bordeaux, 10 avril 1906, D., 06. 2. 305.

au profit de ce conjoint ne cachent pas au fond une donation indirecte en faveur du bénéficiaire. En d'autres termes, il s'agit de rechercher quelle est la *nature juridique de cette clause de réversibilité* : est-elle une libéralité ? Elle est alors frappée par la déchéance de l'article 299. Au contraire, constitue-t-elle une convention à titre onéreux résultant du caractère aléatoire du contrat ? Elle échappe alors à la révocation de plein droit.

Ces deux questions présentent entre elles les plus grandes affinités : elles ne sont au fond que deux aspects d'un même problème juridique ; l'assurance sur la vie, en effet, est la contre-partie de la stipulation de la rente viagère. Elles ont de plus le même but et la même portée économique. L'intention des époux est d'attribuer au survivant le bénéfice exclusif et direct de la totalité de la rente viagère ou du capital assuré. C'est là une louable prévoyance que l'on rencontre fréquemment dans les ménages de condition modeste.

Dans l'examen de ces deux questions nous rencontrerons les mêmes controverses : c'est qu'en effet les mêmes principes juridiques sont en jeu, soit qu'il s'agisse de la rente viagères réversible, soit qu'il s'agisse de l'assurance réciproque entre époux.

Nous aurons donc à suivre le même plan dans l'exposé de nos développements.

*
* * *

La rente viagère réversible peut être constituée moyennant l'aliénation de biens propres ou de biens communs.

Supposons d'abord qu'un époux ait aliéné un immeuble propre moyennant la constitution d'une rente viagère réversible à son décès sur la tête de son conjoint ⁽¹⁾. Il est certain

(1) Il n'est pas nécessaire que la clause de réversibilité soit établie en termes

que, si dans les rapports de l'époux aliénateur et du débiteur, la réversibilité constitue un élément du prix, dans les rapports des époux entre eux, cette clause fait l'objet d'une donation éventuelle faite par cet époux aliénateur au profit de son conjoint. Il y a libéralité dans la mesure où l'époux aliénateur s'est appauvri au profit du survivant; cette donation indirecte est régie quant à la forme par les articles 1121 et 1973.

Il s'ensuit donc que l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tout droit au bénéfice de cette clause de réversibilité (art. 299) et que l'époux innocent ne peut le perdre qu'en vertu du droit de révocation que l'autre époux tient de l'article 1096.

*
* * *

Tout autre serait la solution à donner dans le cas où chacun des époux aurait aliéné ses propres moyennant une rente viagère réversible sur la tête du survivant. Faudrait-il encore voir dans ce contrat une libéralité pour la portion réversible? MM. Aubry et Rau (1) l'ont soutenu : ils voient dans ce contrat intervenu entre le mari et la femme, le souci réciproque d'assurer à chacun d'eux le bien-être pour l'avenir et non un contrat de spéculation. Mais comme il y a une donation réciproque faite dans le même acte, la clause de réversibilité est nulle, conformément aux dispositions de l'article 1097.

Nous repoussons cette théorie qui sacrifie le but visé par les époux à une interprétation trop étroite des principes. Nous aurons à y revenir plus loin.

Nous pensons, au contraire, qu'il faut voir dans cette opération un contrat onéreux et aléatoire, chacun des époux, n'a

exprès. — C. Besançon, 23 mai 1871, S., 74. 2. 310. — C. Caen, 12 mars 1874, S., 74. 2. 310.

(1) Aubry et Rau, VIII, § 743, note 14, p. 102.

consenti à la réversibilité de la rente au profit de son conjoint en cas de survie, qu'à la condition que son conjoint lui fasse un avantage égal, s'il vient à lui survivre. Chacun des époux ne jouit de la chance aléatoire qui lui est concédée que moyennant l'abandon à son conjoint d'une chance égale ⁽¹⁾.

Cette opinion a le grand avantage de respecter la volonté des parties et d'interpréter la convention intervenue entre les époux dans le sens qui peut lui faire produire effet sans se mettre en contradiction avec les principes juridiques.

Il faut en conclure que le survivant conserve l'intégralité de la rente en vertu de son droit propre et qu'il n'y a pas place pour une libéralité dans cet aléa ; l'article 299 ne peut pas recevoir d'application.

*
* * *

Mais la question devient plus délicate encore, lorsque des *biens communs ont été aliénés moyennant une rente viagère réversible sur la tête du survivant des deux époux*.

La validité de cette réversibilité fait l'objet de la plus vive controverse en doctrine ; il s'agit en effet de savoir si les principes de la communauté ne font pas obstacle à l'efficacité de cette clause. L'intérêt est grand : si la clause de réversibilité reçoit effet, la rente viagère forme un *droit propre* à l'époux survivant et ne doit pas être comprise dans la masse commune partageable, sinon elle forme un *acquêt* de communauté et est soumise dès lors à l'indivision et au partage.

La solution de ce problème se complique encore d'une question de récompense. Nous avons pensé qu'il était utile, afin d'éviter des redites, de faire ici un exposé complet des principaux systèmes qui ont été présentés jusqu'aujourd'hui

(1) Pont, *Pet. contr.*, I, n. 699. — C. Metz, 18 juin 1863, S., 63. 2. 221.

sur la nature juridique de la clause de réversibilité insérée dans le contrat de rente viagère et sur l'assurance sur la vie au profit du survivant des époux, afin d'en tirer les conséquences *tant au point de vue de l'article 229 qu'au point de vue de l'article 1437*. Leur application, en effet, variera suivant l'opinion qui sera adoptée.

*
* *

Un premier système veut que la rente ainsi constituée tombe en communauté comme toute valeur acquise pendant la durée du mariage, à l'aide de deniers communs : c'est un acquêt de communauté. Ainsi donc au décès de l'un des conjoints, les héritiers de l'autre auront droit à la moitié des arrérages. Les partisans de cette opinion préfèrent sacrifier l'intention des parties à la logique rigoureuse des principes⁽¹⁾.

Cette clause de réversibilité n'est pas opposable à la communauté : ce n'est pas la volonté des parties qui fait des propres, mais la loi⁽²⁾. Il ne saurait, en effet, dépendre des époux, en dehors des conditions prescrites pour le remploi, de créer des propres au profit de l'un d'eux et il n'y a aucune raison de distinguer à cet égard entre l'acquisition d'une rente viagère et celle d'un immeuble⁽³⁾. Cette convention doit être annulée aux termes de l'article 1395 du Code civil qui veut que les conventions matrimoniales ne reçoivent aucun changement après la célébration du mariage.

Certes, cette objection est des plus sérieuses ; mais la réfutation en fut faite d'une façon péremptoire par M. Labbé⁽⁴⁾,

(1) Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, III, n. 45-30, p. 31.

(2) V. cep. C. Douai, 16 janv. 1897, D., 97. 2. 425, en matière d'assurance sur la vie.

(3) Aubry et Rau, 4^e édit., V, § 507, n. 9, p. 283 ; Mourlon, D., 65. 2. 75 ; Laurent, II, n. 219. — C. Lyon, 6 janv. 1881, D., 82. 2. 169.

(4) Labbé, *Note*, S., 77. 1. 393.

au sujet d'une question analogue sur une assurance réciproque entre époux : nous ne pouvons mieux faire que de rapporter l'argumentation de ce grand jurisconsulte. L'idée première de son système se trouve dans une note de M. Lyon-Caen ⁽¹⁾ et dans les conclusions de M. l'avocat général Bédarides ⁽²⁾.

C'est dans l'article 1437 lui-même qu'il faut chercher la justification de la clause de réversibilité de la rente viagère : la loi permet aux époux d'accroître leur patrimoine propre à l'aide des fonds communs ; tel est son point de départ. Néanmoins, s'il est permis aux époux de se créer des propres avec des valeurs communes, il faut que l'usage ainsi fait des deniers communs se rapporte à des propres déjà existants.

Mais il y a dans un patrimoine des intérêts autres que ceux qui sont représentés par un capital, par une valeur économique actuellement réalisée ; en effet, il y a chez tout individu des droits primordiaux, auxquels correspondent des intérêts patrimoniaux rigoureusement personnels à chacun et sur lesquels la communauté n'a rien à prétendre. Ces droits sont juridiquement comparables aux biens propres préexistants. Chaque individu a le droit d'assurer, par des garanties d'ordre juridique, son avenir personnel, la dignité de sa vie pour le jour où il sera privé de la collaboration de son conjoint.

Ces droits propres par nature sont exclus de la communauté au même titre que les biens propres préexistants.

Puisque la loi permet à l'époux d'affecter des valeurs communes à l'amélioration ou à la conservation des propres, comment ne l'autoriserait-elle pas aussi à sauvegarder, à l'aide des biens communs, ces *droits supérieurs inhérents à*

(¹) Lyon-Caen, S., 77. 2. 33.

(²) S., 77. 1. 393.

sa personnalité, qui sont plus personnels que ses immeubles propres? La rente viagère réversible représente pour l'époux survivant un bien nouveau sans doute, constitué avec des deniers communs, mais ce bien correspond à des intérêts propres antérieurs. Cette rente doit rester propre au même titre qu'un immeuble construit sur un terrain propre avec l'argent de la communauté.

Tel est le résultat auquel aboutit le raisonnement juridique de M. Labbé : cette clause de réversibilité est valable, la rente sera attribuée en propre à l'époux survivant. Cette hypothèse rentre dans les termes de l'art. 1437, c'est une exception de plus admise par ce texte à la grande règle de notre droit matrimonial ⁽¹⁾.

En résumé, avec le système de M. Baudry-Lacantinerie ⁽²⁾, la clause de réversibilité est nulle comme contraire aux règles essentielles du régime de la communauté : l'article 299 et l'article 1437 ne peuvent pas recevoir d'application.

*
* * *

Une pareille stipulation répond à un trop louable dessein pour que la plupart des auteurs et la jurisprudence n'aient pas cherché à sanctionner la volonté non douteuse des époux, qui ont entendu, par la clause de réversibilité, assurer au survivant d'entre eux le profit exclusif de la rente viagère.

Il est en effet admis aujourd'hui par la majorité des arrêts ⁽³⁾

(¹) Avec le système de M. Labbé, le survivant va bénéficier de la totalité de la rente à titre de propre : mais, selon lui, on ne peut éviter l'obligation à récompense.

(²) Baudry-Lacantinerie, précité.

(³) Cass. req., 29 avril 1851, D., 52. 1. 25. — C. Paris, 11 juin 1853, S., 53. 2. 456. — C. Paris, 19 fév. 1864, S., 65. 2. 4. — Cass. civ., 20 mai 1873, D., 74. 1. 72. — C. Lyon, 6 janv. 1881, D., 82. 2. 169. — Cass. civ., 22 oct. 1888, S., 89. 1. 15. — C. Amiens, 4 avril 1889, S., 89. 2. 164. — C. Paris, 6 nov. 1903, D., 04. 2. 177.

que la rente viagère réversible constitue *un propre* et appartient ainsi pour la *totalité* au survivant des conjoints, mais sauf récompense par lui à la communauté. C'est l'application pure et simple de la règle générale des récompenses.

La jurisprudence reconnaît que la convention de réversibilité n'est autre qu'un contrat onéreux ⁽¹⁾, valide cette clause, mais oblige l'époux survivant qui profite seul de la rente viagère à payer une récompense à la communauté. Sans doute il est incertain, lors de la convention, quel est celui des deux époux qui bénéficiera de la réversibilité mais après le décès de l'un d'eux, toute incertitude a disparu et il n'en est pas moins vrai que l'un des époux se sera enrichi aux dépens de la communauté. En fait, dit M. Pont ⁽²⁾, cette clause n'a pas pour objet d'assurer au survivant le bénéfice de la totalité de la rente, mais de décider qu'à la mort de l'un des époux cette rente ne s'éteindra pas par moitié mais au contraire subsistera pour la totalité.

Un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1867 ⁽³⁾ avait résolu la question dans des termes précis : « Attendu, » disait la Cour, que la femme survivante qui, depuis la dissolution de la communauté, profitait seule de la rente viagère, devait à cette communauté une récompense proportionnelle au bénéfice personnel qu'elle retirait de l'emploi

(1) Nous verrons plus loin que cette même jurisprudence analyse l'assurance sur la vie au profit du survivant des époux en une double libéralité. Cependant c'est bien le même problème juridique qui se pose dans les deux cas.

(2) Pont, *op. cit.*, I, n. 701; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, II, n. 871; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, I, n. 377; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, p. 809. — Voir note de M. Coquelin sous D., 1904. 2. 177, dans laquelle il essaie de concilier l'aléa avec la récompense dont le montant serait précisément le prix de cet aléa. — Voir également les rapprochements faits par M. Labbé entre la rente viagère réversible et l'assurance réciproque sur la vie dans ses notes. S., 77. 2. 393 et S., 89. 2. 121.

(3) Cass. req., 10 déc. 1867, D., 68. 1. 270.

» qui avait été fait des deniers communs....; qu'on objecte
» vainement que le contrat de constitution de rente n'assure
» à aucun des époux un avantage exclusif, puisqu'il leur
» ouvre à tous deux des chances aléatoires égales; qu'il
» résulte du caractère aléatoire du contrat, non qu'il ne pro-
» cure pas au survivant des deux époux un profit qui lui sera
» personnel, mais seulement qu'il est incertain quel est celui
» des deux époux en faveur duquel l'avantage se réalisera... »

De même un arrêt de la cour de Paris du 26 juin 1880 ⁽¹⁾ décidait « que cette stipulation est valable, mais qu'ayant
» pour effet de produire en faveur de X... un profit person-
» nel tiré des biens de la communauté, celui-ci doit être tenu
» d'en faire récompense à la communauté »...

L'opinion qui triomphe en jurisprudence peut se résumer ainsi : elle admet la validité de la clause de réversibilité, l'époux survivant reçoit l'intégralité de la rente à titre de propre, mais sauf l'application de l'article 1437. Sans doute, elle a ainsi respecté l'intention louable des parties de voir le survivant des époux recueillir le profit exclusif de la rente viagère, mais aussitôt elle paralyse cette clause, en décidant que l'époux bénéficiaire doit à la communauté *une récompense égale à la valeur de cette rente*.

Pourquoi proclamer la validité de la clause de réversibilité pour immédiatement lui dénier tout effet ? C'est ce qui a fait dire à M. Baudry-Lacantinerie ⁽²⁾ : « La jurisprudence admet
» sur cette question une solution qui paraît difficilement
» acceptable et, *qui d'ailleurs, au point de vue du résultat,*
» *diffère peu de celle que nous adoptons*, elle déclare la rente
» propre à l'époux, sauf récompense à la communauté. De
» sorte qu'on donne à l'époux survivant, mais en la lui fai-

⁽¹⁾ C. Paris, 26 juin 1880, D., 81. 2. 207.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie, *Préc. de dr. civ.*, III, n. 45, p. 31.

» *sant payer la portion de la rente que nous lui refusons* ».

Avec le système de la Cour suprême, le doute est possible au sujet de l'application de l'article 299; elle pose bien, comme principe, que la clause de réversibilité renferme un contrat aléatoire et à titre onéreux, mais cependant elle reconnaît que le caractère aléatoire de cette convention n'empêche pas le conjoint survivant *de retirer un profit personnel des biens communs*.

Faut-il aller plus loin et décider que ce bénéfice retiré par le conjoint survivant constitue un avantage rentrant dans les termes généraux de l'article 299?

Nous ne connaissons pas d'arrêts sur la question : néanmoins un arrêt de la cour de Poitiers du 1^{er} février 1881 ⁽¹⁾ a admis que cette clause de réversibilité n'était pas révocable pour cause d'ingratitude. Nous dirons donc que cette clause ne constitue pas une libéralité et, par conséquent, échappe à la déchéance de l'article 299.

*
* * *

Dans les différentes opinions rencontrées jusqu'ici, l'une déclare formellement que cette clause de réversibilité est nulle, l'autre, au contraire, admet sa validité mais réduit à rien sa portée pratique et économique. Avec de semblables théories il faudrait renoncer purement et simplement à ce contrat qui devient aujourd'hui d'un usage quotidien. C'est pourquoi certains juriconsultes, sous l'impulsion des besoins de la vie moderne, ont essayé de faire produire à cette institution tout l'effet économique qu'on était en droit d'attendre d'elle. Il fallait atteindre le but visé par les époux, sans se

(1) C. Poitiers, 1^{er} fév. 1881, S., 82. 2. 27.

mettre en contradiction avec les principes de notre droit matrimonial.

Nous arrivons ainsi à un troisième système : Comme la jurisprudence, les partisans de cette opinion posent en principe que la rente ainsi constituée doit être attribuée pour la totalité au survivant, mais pour réaliser l'intention certaine des époux, ils décident que le survivant en conservera *le profit exclusif sans obligation de récompense* ⁽¹⁾. Si ces auteurs s'entendent sur le principe, ils se divisent cependant dans son application.

M. Lyon-Caen analyse cette convention en *deux libéralités réciproques* ; il assimile complètement la rente viagère réversible avec l'assurance réciproque sur la vie. Chaque époux a eu à l'égard de l'autre une intention libérale, il a voulu assurer le bien-être à son conjoint pour le cas où il lui survivrait et il obtient ce résultat au moyen d'une donation indirecte régie par les articles 1121 et 1793 ⁽²⁾.

D'après cet auteur, l'époux survivant recueille la rente viagère à titre de propre, il y a libéralité pour le tout.

M. Planiol ⁽³⁾ admet sur cette question une solution divergente, mais qui, au point de vue résultat, ne diffère pas de celle de M. Lyon-Caen.

La clause de réversibilité renferme d'après lui *une donation réciproque faite par chaque époux à l'autre de sa part dans la rente pour le cas de survie*. Ainsi le survivant recueille la totalité de la rente à deux titres distincts : une moitié comme commun en biens ; l'autre moitié comme donataire

⁽¹⁾ Lyon-Caen, S., 77. 2. 33 ; Planiol, III, 2^e éd., p. 405 et 4^e éd., p. 193 ; Trolong, *Des contr. aléat.*, n. 254 à 256 et *Du contr. de mar.*, II, n. 1200.

⁽²⁾ Lyon-Caen, précité. — Dans le même sens, Pothier (*Traité des donations*, n. 129) disait qu'il y avait un don mutuel dans la clause de réversibilité de la rente viagère au profit du survivant.

⁽³⁾ Planiol, précité.

de son conjoint. Cette manière de faire a le double avantage de respecter l'intention des parties et de dispenser le conjoint donataire de toute récompense envers la communauté, puisqu'il bénéficie d'une libéralité. Ainsi, au jour du décès de l'un des époux, le survivant recueille comme donataire la portion réversible de la rente.

Mais alors, s'il y a là deux donations réciproques entre époux, ne tombent-elles pas sous la prohibition de l'art. 1907; ne sont-elles pas nulles comme étant contenues dans un seul et même acte ⁽¹⁾?

La réfutation en fut donnée par M. Labbé ⁽²⁾. « L'article » 1097, dit-il, ne vise que les libéralités principales pour » lesquelles un acte les constatant est spécialement dressé; » il ne s'applique pas aux libéralités qui sont l'accessoire » d'un contrat onéreux. Or, ici, la libéralité est accessoire à » une vente et porte sur le mode de paiement du prix ».

Cet article 1097 ne vise qu'une question de forme, et les donations résultant des stipulations pour autrui en sont dispensées; l'article 1973 le dit expressément pour la rente viagère : « Elle peut être constituée au profit d'un tiers,

⁽¹⁾ En ce sens, C. Rennes, 15 fév. 1840, Dev., 40. 2. 226. — De même, un arrêt de la cour de Paris du 23 juillet 1900, déclare que la clause introduite dans un partage d'ascendants, au moyen de laquelle les ascendants donateurs stipulaient la réversibilité au profit du survivant d'eux d'une rente viagère mise à la charge des donataires, constitue une donation mutuelle entre époux par un seul et même acte et comme telle est nulle. Art. 1097 (*Rép. gén. périod. du not. de Defrénois, Compl. périod.*, 1900, 1^{re} part., p. 639, n. 11610), D. P., 1900. 2. 492. — Cpr. Cass. civ., 4 déc. 1900, D., 1901. 1. 217. La réserve d'usufruit avec clause de réversibilité au profit du survivant des époux, contenue dans un partage d'ascendants, n'est pas nulle lorsqu'elle est la reproduction pure et simple des dispositions de leur contrat de mariage.

⁽²⁾ Labbé, *Théorie rapportée dans une note de Mourlon*, S., 65. 2. 4, et S., 77. 1. 393. — V. Lyon-Caen, S., 77. 2. 33. — Il s'agissait d'une assurance réciproque sur la vie contractée par deux époux communs en biens; nous pouvons sans danger transporter ici son argumentation, puisque les deux questions sont identiques et ne sont au fond que deux aspects d'un même problème juridique.

» quoique le prix en soit fourni par une autre personne. Dans
» ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libé-
» ralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les
» donations... ». La libéralité est donc permise comme con-
séquence indirecte d'une clause du contrat de vente.

Cette théorie explique facilement pourquoi la femme renonçant à la communauté est considérée comme donataire pure et simple du mari. La jurisprudence et Troplong, qui voient dans cette clause de réversibilité un contrat à titre onéreux, sont également obligés d'admettre cette solution.

On évite cette conséquence singulière qui fait dépendre la nature d'un acte d'un fait postérieur résultant du parti pris par la femme : accepte-t-elle la communauté, c'est un contrat à titre onéreux; y renonce-t-elle, c'est un contrat à titre gratuit ⁽¹⁾.

Enfin, ajoutent les partisans de ce système, la jurisprudence elle-même ne reconnaît-elle pas, en matière de réversibilité d'usufruit acquis à l'aide de biens communs, que cette clause renferme une donation réciproque ⁽²⁾ ? Et nos adversaires ne sont-ils pas obligés de reconnaître que, dans certaines circonstances, cette convention implique par elle-même une libéralité ? En effet Troplong ⁽³⁾ décide que les tribunaux sont fondés à considérer la clause de réversibilité comme une donation lorsqu'un mari infirme et vieux s'engage dans les liens d'un nouveau mariage avec une femme jeune et qu'il achète des deniers de la communauté une rente viagère avec clause de réversibilité.

Soit avec le système qui admet qu'il y a libéralité pour le tout, soit avec celui de M. Planiol qui ne voit une libéralité

⁽¹⁾ Troplong, *op. cit.*, I, n. 256; Pont, *op. cit.*, I, n. 702.

⁽²⁾ Cass. civ., 19 janvier 1881, S., 81. 1. 108. — C. Paris, 23 juillet 1900, précité.

⁽³⁾ Troplong, *op. cit.*, I, n. 255.

que dans la mesure de la portion réversible, il faut décider que cet avantage retiré par l'époux survivant sera frappé par la déchéance de l'article 299, si le divorce est prononcé contre lui. Il n'y a pas lieu à l'application de l'article 1437 : toute idée de donation étant exclusive de celle de récompense ⁽¹⁾.

* * *

Nos préférences iront à un dernier système qui a été soutenu par Troplong, et qui, comme celui de M. Lyon-Caen, admet que le survivant jouira de la totalité de la rente à titre de propre sans obligation de récompense ; mais si le résultat en est le même, cet auteur y arrive par un raisonnement différent. Tandis que M. Lyon-Caen voit dans la convention intervenue entre les époux deux donations réciproques, Troplong ⁽²⁾ pense au contraire qu'il y a là *un contrat aléatoire et à titre onéreux*.

Il n'y a pas dans la stipulation de réversibilité, libéralité du montant de sa part faite par l'époux prédécédé au survivant ; le contrat est *à titre onéreux*, car chacun des époux n'a consenti à la réversion au profit de son conjoint que moyennant la concession d'un droit semblable à lui faite par l'autre époux ; il est *aléatoire*, car la mort peut également les frapper, le sort seul doit décider quel est celui du mari ou de la femme qui sera favorisé par la fortune, et comme l'un et l'autre courent des chances absolument égales, des profits parfaitement égaux, cette convention n'a nullement altéré l'égalité base première du régime de la communauté : il y a

(1) C. Paris, 19 février 1864, S., 65. 2. 4. M. Planiol regrette que ce système ne soit pas suivi en pratique, mais, d'après lui, il ne dépend que des parties de l'adopter expressément dans la rédaction de leurs conventions en déclarant se donner mutuellement la moitié de la rente. Cette clause exige alors deux actes distincts.

(2) Troplong, *Du contr. de mar.*, II, n. 1200, *Des contr. aléat.*, n. 254 et s.

là prestation mutuelle et réciproque d'une chance lucrative payée par chacun de sa part dans les deniers communs. Chaque époux a renoncé par avance et complètement à sa part dans le bien aliéné en vue du profit éventuel et total de l'opération : son caractère aléatoire écarte l'application de l'article 1437, de sorte que le survivant des époux ne devra aucune récompense à cette communauté de la valeur qu'il en retirera pour en jouir exclusivement ⁽¹⁾.

Quoi qu'en disent les adversaires, cette théorie explique très bien pourquoi la femme renonçante conserve son droit à la rente, mais alors non plus en vertu d'un acte à titre onéreux, mais en vertu d'une donation qui lui a été faite par son mari, donation échappant à l'article 1097 comme il a été expliqué plus haut. La femme, après sa renonciation, n'a plus aucun droit sur les biens communs; elle n'a donc rien aliéné, il ne peut y avoir contrat à titre onéreux.

En dernière analyse, il faut voir dans cette clause de réversibilité *un contrat aléatoire et à titre onéreux, il n'y a place pour aucun avantage ni direct ni indirect. Il en résulte que l'article 299 n'aura pas lieu de s'appliquer ici.*

Cette théorie de Troplong est, selon nous, la plus juridique; elle a le grand avantage de ne pas se mettre en contradiction avec les principes qui régissent la communauté et de respecter la volonté certaine des époux. Ils ont voulu assurer au survivant d'entre eux une rente suffisante pour le garantir contre les besoins de la vie. Ce but ne serait pas atteint si, comme le font presque tous les tribunaux, on impose au bénéficiaire de la rente le paiement d'une récompense qui est égale au profit qu'il retire de la réversibilité.

⁽¹⁾ En ce sens : Verdier, *Rev. prat.*, 1876, 41, p. 5 et s.; Duranton, *Des contr. aléat.*, XVIII, n. 136, p. 118. — C. Rennes, 3 janvier 1861, S., 61. 2. 591. — C. Besançon, 23 mai 1871, S., 74. 2. 310. — C. Caen, 12 mars 1874, S., 74. 2. 311.

réclamer le bénéfice, qu'elle touchera ce capital directement de la compagnie, et que ce capital échappera à l'action des créanciers du mari et de la communauté ⁽¹⁾.

La jurisprudence reconnaît à la femme un droit propre direct et personnel sur ce capital : c'est là l'application pure et simple des règles de la stipulation pour autrui. Ses effets sont les mêmes entre époux qu'entre étrangers, puisqu'il ne dépend pas de la volonté des parties de les modifier : or son effet est de conférer au bénéficiaire un droit personnel et direct du jour même où le contrat a été passé. En conséquence, il suffit que la femme ait été désignée dans la police d'assurance pour avoir un droit propre et personnel au capital assuré, lequel n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant ni de celui de la communauté : la femme est censée avoir toujours été propriétaire de cette créance dès le jour du contrat. La communauté n'a ainsi aucun droit sur le bénéfice de l'assurance contractée par le mari au profit de sa femme ⁽²⁾.

Mais alors, objecte-t-on, cette solution qui confère un droit propre à la femme viole manifestement l'article 1401 alinéa 1 et l'article 1395. C'est M. Labbé ⁽³⁾, nous l'avons vu, qui a réfuté cette objection : sans doute les époux ne peuvent pas se créer arbitrairement des propres, mais ils ne sont

⁽¹⁾ En ce sens, C. Paris, 4 juin 1878, D., 79. 2. 25, note Levillain. — Cass. civ., 16 janv. 1888, D., 88. 1. 77. — Cass. Req., 22 janv. 1891, D., 92. 1. 205. — Cass. civ., 8 avril 1895, D., 95. 1. 441. — Cass. civ., 9 mars 1896, D., 96. 1. 391. — Thaller, D., 88. 2. 1; Labbé, S., 77. 1. 393. — *Contra* : Cass. Req., 9 mars 1881, S., 81. 1. 145. — Cass. civ., 22 fév. 1888, S., 88. 1. 121, et C. Alger, 13 oct. 1892, S., 93. 2. 137; en matière de faillite, le syndic a le droit d'exiger de la femme la restitution des primes à la masse.

⁽²⁾ V. note Dupuich sous Cass. civ., 24 fév. 1902, S., 03. 1. 433 et *Dict. du not.*, 5^e édit., v^o *Assurance*, n. 253. — Cpr. Cass. civ., 4 mai 1904, D., 05. 1. 165. — Cass. Req., 15 mai 1905, D., 1905. 1. 465. — C. Bordeaux, 10 avril 1906, D., 1906. 2. 309. — *Contra* : Houpin, *Jour. du not.*, 1890, p. 677. — C. de Caen, 6 déc. 1881, S., 83. 2. 33.

⁽³⁾ Labbé note sous S., 77. 1. 393.

tenus de sacrifier aucun intérêt propre, strictement personnel, placé de sa nature en dehors de la communauté. Un époux qui assure un capital payable lors de son décès à son conjoint sauvegarde en la personne de celui-ci un intérêt d'avenir, un intérêt d'existence après la dissolution de la communauté. Un tel contrat répond à des intérêts graves et sérieux qui sont naturellement et non arbitrairement en dehors de la communauté.

Il résulte de cette théorie que l'époux recueille le bénéfice exclusif de l'assurance à *titre de propre*, aux termes de la stipulation passée à son profit, autorisée par l'article 1121 : l'attribution ainsi faite constitue une libéralité affranchie des formes des donations par argument de l'article 1973 du Code civil ⁽¹⁾.

Le mari a fait une *libéralité* à sa femme dans les limites qui lui sont permises par l'article 1422 : ce qu'il peut faire pour un étranger, il doit pouvoir le faire pour sa femme ⁽²⁾. Mais dès lors dans quelle mesure y a-t-il libéralité ?

Il y a libéralité pour le tout, dit-on, le mari n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1422 : le tiers bénéficiaire dans ce cas, c'est la femme ⁽³⁾. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Amiens du 25 février 1880, confirmé par la Chambre des requêtes le 9 mai 1881 ⁽⁴⁾, a décidé que c'était

(1) MM. Dupuich (*Traité de l'assurance sur la vie*) et Baudry-Lacantinerie dans D., 93. 2. 185, expliquent aussi ce résultat par l'idée de donation. Le capital assuré ne tombe pas en communauté par argument de l'article 1401, alinéa 1 *in fine*... « *que si le donateur n'a exprimé le contraire* ».

(2) C. Douai, 16 janv. 1897, D., 97. 2. 425.

(3) La solution serait la même si l'assurance avait été contractée par la femme dûment autorisée de son mari, au profit de ce dernier. La femme ainsi autorisée peut disposer du mobilier en faveur de son mari comme elle aurait pu le faire au profit d'un tiers. C. Paris, 5 mai 1899, D., 01. 2. 240.

(4) C. Amiens, 25 fév. 1880. — Cass. req., 9 mai 1881, D., 82. 1. 97. — Cass. civ., 8 fév. 1888, D., 88. 1. 201. — C. Besançon, 27 nov. 1896, D., 98. 2. 385 et la note de M. Dupuich.

réclamer le bénéfice, qu'elle touchera ce capital directement de la compagnie, et que ce capital échappera à l'action des créanciers du mari et de la communauté ⁽¹⁾.

La jurisprudence reconnaît à la femme un droit propre direct et personnel sur ce capital : c'est là l'application pure et simple des règles de la stipulation pour autrui. Ses effets sont les mêmes entre époux qu'entre étrangers, puisqu'il ne dépend pas de la volonté des parties de les modifier : or son effet est de conférer au bénéficiaire un droit personnel et direct du jour même où le contrat a été passé. En conséquence, il suffit que la femme ait été désignée dans la police d'assurance pour avoir un droit propre et personnel au capital assuré, lequel n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant ni de celui de la communauté : la femme est censée avoir toujours été propriétaire de cette créance dès le jour du contrat. La communauté n'a ainsi aucun droit sur le bénéfice de l'assurance contractée par le mari au profit de sa femme ⁽²⁾.

Mais alors, objecte-t-on, cette solution qui confère un droit propre à la femme viole manifestement l'article 1401 alinéa 1 et l'article 1395. C'est M. Labbé ⁽³⁾, nous l'avons vu, qui a réfuté cette objection : sans doute les époux ne peuvent pas se créer arbitrairement des propres, mais ils ne sont

⁽¹⁾ En ce sens, C. Paris, 4 juin 1878, D., 79. 2. 25, note Levillain. — Cass. civ., 16 janv. 1888, D., 88. 1. 77. — Cass. Req., 22 janv. 1891, D., 92. 1. 205. — Cass. civ., 8 avril 1895, D., 95. 1. 441. — Cass. civ., 9 mars 1896, D., 96. 1. 391. — Thaller, D., 88. 2. 1; Labbé, S., 77. 1. 393. — *Contra* : Cass. Req., 9 mars 1881, S., 81. 1. 145. — Cass. civ., 22 fév. 1888, S., 88. 1. 121, et C. Alger, 13 oct. 1892, S., 93. 2. 137; en matière de faillite, le syndic a le droit d'exiger de la femme la restitution des primes à la masse.

⁽²⁾ V. note Dupuich sous Cass. civ., 24 fév. 1902, S., 03. 1. 433 et *Dict. du not.*, 5^e édit., v^o *Assurance*, n. 253. — Cpr. Cass. civ., 4 mai 1904, D., 05. 1. 165. — Cass. Req., 15 mai 1905, D., 1905. 1. 465. — C. Bordeaux, 10 avril 1906, D., 1906. 2. 309. — *Contra* : Houpin, *Jour. du not.*, 1890, p. 677. — C. de Caen, 6 déc. 1881, S., 83. 2. 33.

⁽³⁾ Labbé note sous S., 77. 1. 393.

tendus de sacrifier aucun intérêt propre, strictement personnel, placé de sa nature en dehors de la communauté. Un époux qui assure un capital payable lors de son décès à son conjoint sauvegarde en la personne de celui-ci un intérêt d'avenir, un intérêt d'existence après la dissolution de la communauté. Un tel contrat répond à des intérêts graves et sérieux qui sont naturellement et non arbitrairement en dehors de la communauté.

Il résulte de cette théorie que l'époux recueille le bénéfice exclusif de l'assurance à *titre de propre*, aux termes de la stipulation passée à son profit, autorisée par l'article 1121 : l'attribution ainsi faite constitue une libéralité affranchie des formes des donations par argument de l'article 1973 du Code civil (1).

Le mari a fait une *libéralité* à sa femme dans les limites qui lui sont permises par l'article 1422 : ce qu'il peut faire pour un étranger, il doit pouvoir le faire pour sa femme (2). Mais dès lors dans quelle mesure y a-t-il libéralité ?

Il y a libéralité pour le tout, dit-on, le mari n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1422 : le tiers bénéficiaire dans ce cas, c'est la femme (3). C'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Amiens du 25 février 1880, confirmé par la Chambre des requêtes le 9 mai 1881 (4), a décidé que c'était

(1) MM. Dupuich (*Traité de l'assurance sur la vie*) et Baudry-Lacantinerie dans D., 93. 2. 185, expliquent aussi ce résultat par l'idée de donation. Le capital assuré ne tombe pas en communauté par argument de l'article 1401, alinéa 1 *in fine*... « *que si le donateur n'a exprimé le contraire* ».

(2) C. Douai, 16 janv. 1897, D., 97. 2. 425.

(3) La solution serait la même si l'assurance avait été contractée par la femme dût être autorisée de son mari, au profit de ce dernier. La femme ainsi autorisée peut disposer du mobilier en faveur de son mari comme elle aurait pu le faire au profit d'un tiers. C. Paris, 5 mai 1899, D., 01. 2. 240.

(4) C. Amiens, 25 fév. 1880. — Cass. req., 9 mai 1881, D., 82. 1. 97. — Cass. civ., 8 fév. 1888, D., 88. 1. 201. — C. Besançon, 27 nov. 1896, D., 98. 2. 385 et la note de M. Dupuich.

le capital entier qui faisait l'objet de la libéralité, et que la femme, même acceptant la communauté, était *donataire du tout et non de moitié*.

Si à une époque où l'on considérait le droit au capital de l'assurance comme acquis d'abord au souscripteur de la police, c'est-à-dire par le mari, et par conséquent tombant en communauté, puis transmis par lui à la femme, on décidait logiquement que c'était ce capital lui-même qui faisait l'objet de la libéralité⁽¹⁾; on ne pouvait plus raisonner de la même façon du jour où l'on reconnut que le contrat faisait naître au profit de la femme un droit direct n'ayant jamais figuré ni dans le patrimoine du mari, ni dans celui de la communauté; il fallait nécessairement considérer la femme comme donataire des primes seulement. *Seules ces primes pouvaient être regardées comme formant l'objet de la libéralité* ⁽²⁾.

La femme doit se trouver dans une situation aussi favorable qu'un tiers bénéficiaire quelconque.

Il est assez difficile de dire à quel parti se range la jurisprudence; la plupart des décisions se contentent, pour justifier l'attribution en propre à la femme du capital assuré, de mettre en avant l'idée d'une libéralité qui lui est faite par le mari sans en expliquer d'une façon précise le fonctionnement; il y a là, suivant l'expression de quelques arrêts, un acte accompli « *à titre de libéralité* » ⁽³⁾.

(¹) C'est la première phase par où a passé la jurisprudence : le stipulant devient créancier de l'assureur, puis il offre son droit de créance au tiers bénéficiaire. C'est la théorie de l'offre. Cass. civ., 7 février 1877, D., 77. 1. 337. — C. Amiens, 19 déc. 1878, D., 78. 2. 224.

(²) V. note Labbé sous Cass. req., 9 mai 1881, S., 81. 1. 337. — C. Paris, 30 avril 1891, D., 92. 2. 153. — C. Paris, 30 mai 1894 et Cass. civ., 29 juin 1896, D., 97. 1. 73. — C. Paris, 23 juin 1898, D., 98. 2. 374.

(³) C. Douai, 31 janv. 1876, D., 76. 2. 122. — Cass. civ., 28 mars 1877, D., 77. 1. 241. — C. Paris, 1^{er} août 1879, S., 80. 2. 249. — Cass. civ., 22 fév. 1893, D., 93. 1.

M. Dumaine ⁽¹⁾ veut que la femme reçoive seulement la moitié comme donataire et l'autre moitié comme commune en biens. Il est exact, en effet, qu'en l'absence de toute stipulation à son profit, la femme aurait profité de cette créance pour moitié. Mais cette opinion est en contradiction complète avec la volonté certaine du mari qui a voulu gratifier sa femme du montant intégral de cette assurance, sinon le mari aurait contracté une assurance sur sa propre tête.

De plus, la théorie de M. Dumaine a le grave défaut de restreindre les effets de la stipulation pour autrui. Pourquoi, dans ce cas, cette stipulation ne serait-elle valable que pour moitié ? Rien ne nous autorise à apporter cette dérogation au droit commun. Puisqu'aucun texte dans le code n'interdit cette opération entre époux, il faut nécessairement lui faire produire tous ses effets.

En résumé, si on admet que la femme qui touche le montant intégral de cette assurance sans être créancière de l'assuré reçoit une libéralité pour le tout, cette donation sera révoquée de plein droit en faveur de l'époux stipulant qui obtiendra le divorce ⁽²⁾. Par application des principes qui régissent la communauté, cette assurance va tomber désor-

401. — C. Orléans, 17 janv. 1894, S., 94, 2. 76. — C. Paris, 10 mars 1896, D., 98, 2. 245.

⁽¹⁾ Dumaine, *Du contr. d'assur. sur la vie en dr. civ. et en dr. fisc.*, 2^e édit., p. 132. C'est la théorie admise en matière fiscale (loi 21 juin 1875, art. 6) : le capital assuré constitue un acquêt. C. Nancy, 20 mai 1891, *R. P.*, 7662. — Trib. de la Seine, 17 mars 1894, *Rép. d'enreg.*, 785. — Dans un autre sens encore M. Dubois (dans un article du *Journ. des assur.*, 1883, p. 104) voit dans ce contrat d'assurance un contrat onéreux d'indemnité. Pour lui il n'y a pas de libéralité : c'est une obligation pour le mari, aux termes de l'article 214 du Code civil, de contracter une assurance au profit de sa femme. — Cpr. Trib. civ. de la Seine, 4 mars 1902, D., 03. 2. 13 et la note. M. Dubois oublie que précisément l'article 214 cesse de s'appliquer dès la mort du mari.

⁽²⁾ Trib. de Beaume-les-Dames, 5 août 1886, *Journ. des assur.*, 1887, p. 239, en matière de séparation de corps.

mais dans la communauté; la femme contre laquelle le divorce aura été prononcé pourra néanmoins retirer un bénéfice indirect de cette assurance dont elle a été déclarée indigne; car, malgré le divorce, elle a toujours droit à ses reprises et au partage égal de la masse commune.

Si, au contraire, on admettait qu'il n'y a libéralité que dans la mesure du montant des primes, seules ces primes tomberaient sous le coup de l'article 299. La femme conserverait le capital assuré déduction faite de ces primes et retirerait ainsi de cette assurance contractée à son profit par son mari un avantage indirect qui ne serait pas frappé de déchéance. Ce serait là la conséquence logique de la théorie du droit direct ⁽¹⁾.

Cette hypothèse se présentera rarement dans la pratique, car les époux divorcés, animés l'un envers l'autre de sentiments d'animosité, ne manqueront pas de faire usage de l'article 1096 : en effet, en matière d'assurance souscrite par le mari au profit de sa femme, ce sont les règles des donations entre époux qui s'appliquent. La révocabilité est toujours permise et l'acceptation par l'époux bénéficiaire n'est pas un obstacle à la révocation. C'est ainsi que s'exprime la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 1902 ⁽²⁾ : « Con- » sidérant que les stipulations de cette sorte, faites en faveur » de la femme, tombent sous l'application de l'article 1096 et » sont, par suite, essentiellement sujettes à révocation ». Il suffira pour cela que le mari substitue un tiers à sa femme dans la police d'assurance.

(¹) Argument tiré d'un jugement du trib. de Toulouse, 21 janv. 1902, D., 1902. 2. 329 et la note de M. Dupuich.

(²) Cass. civ., 24 fév. 1902, S., 1902. 1. 165. — En ce sens C. Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245. — C. Amiens, 4 août 1898, D., 1902. 2. 24, et les renvois. — Trib. civ. de Nantes, 15 mai 1899 et C. Rennes, 5 déc. 1899, D., 1903. 2. 377, note de M. Dupuich.

Cependant s'il est vraisemblable que la plupart du temps l'attribution du capital assuré au profit de la femme constitue une libéralité, on ne peut pas dire *a priori* qu'il en est toujours ainsi, et qu'il y aura lieu à la révocation de plein droit, lorsque le divorce aura été prononcé contre elle : les juges du fait devront rechercher d'après les circonstances quelle a été l'intention des parties ⁽¹⁾. C'est ainsi qu'il n'y aurait pas lieu à l'application de l'article 299, lorsque l'attribution du capital assuré représenterait pour elle une dation en paiement de ses reprises ⁽²⁾, un remploi valablement effectué ⁽³⁾ et le remboursement d'une obligation contractée par elle dans l'intérêt de la communauté ⁽⁴⁾.

Partant de cette idée de libéralité il semblerait logique de décider que l'article 1437 ne peut pas recevoir d'application en cette matière : cependant ne pourrait on pas soutenir que dans les rapports de l'époux assuré et la compagnie, il y a eu un contrat onéreux qui a donné lieu au paiement de primes annuelles ? Si ces primes ont été payées à l'aide des deniers communs, cette opération ne présente-t-elle pas la plus grande analogie avec la constitution d'une rente viagère réversible au moyen d'un capital tiré de la communauté ? Nous avons vu que dans ce cas la Cour suprême faisait application de l'article 1437.

Il est certain qu'avec la théorie du droit direct il ne peut être question de récompense que pour les primes.

Quelques arrêts semblent s'approprier cette manière de voir : c'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Amiens du 18 mai

(1) Planiol, Note, D., 93. 1. 401.

(2) Trib. de la Seine, 7 déc. 1888, *J. A.*, 1889, p. 36.

(3) Cass. civ., 17 juin 1889, D., 89. 1. 454.

(4) *Contra* : Cass. civ., 22 fév. 1893, D., 93. 1. 401 et la note de M. Planiol qui critique cet arrêt.

1897.⁽¹⁾ décide que la « femme bénéficiaire d'une assurance » contractée à son profit par le mari, *doit récompense du montant des primes* puisées dans la communauté, alors que, eu égard à la situation de fortune des époux, elles ne peuvent être considérées comme ayant pu être prélevées sur les revenus ».

La cour de Nancy se montre plus catégorique ; dans un arrêt du 16 mars 1901 ⁽²⁾, elle oblige la femme au paiement d'une récompense à moins qu'elle n'en ait été *expressément* dispensée par le mari. Dans un arrêt antérieur, cette même cour s'était montrée moins sévère, elle admettait que cette dispense pouvait être seulement *implicite* ⁽³⁾.

Mais alors le but poursuivi par le mari ne va-t-il pas être le plus souvent manqué ? Le mari a voulu procurer après son décès à sa femme le capital assuré dans son intégralité : c'est pourquoi la jurisprudence elle-même essaie d'écarter ou tout au moins de limiter la récompense. Elle reconnaît dans certains arrêts que le mari a agi dans une intention libérale, il a fait une donation à sa femme comme il en a le droit en vertu de l'article 1422.

Certaines décisions se montrent larges ; elles admettent que l'intention libérale du mari peut être dégagée des circonstances de la cause. Elle peut résulter notamment de ce que les primes ont été prélevées sur les revenus normaux du ménage, ou bien encore de la modicité des primes n'excédant pas les sommes que l'assuré eût pu dépenser annuellement ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ C. Amiens, 18 mai 1897, D., 98. 2. 369, note Dupuich.

⁽²⁾ C. Nancy, 16 mars 1901, S., 02. 2. 7. — En ce sens, Méliné, *Rev. du notari.*, 1873, p. 803.

⁽³⁾ C. Nancy, 21 janv. 1882, D., 82. 2. 174. — Trib. de la Seine, 15 nov. 1892, *Journ. des assur.*, 1893, p. 55.

⁽⁴⁾ C. Nancy, 21 janv. 1882. — Trib. de la Seine, 15 nov. 1892, précités. — C. Paris, 10 janv. 1900, S., 04. 2. 105.

Si l'on considère la femme comme donataire pour la totalité du capital ⁽¹⁾ ou seulement pour le montant des primes ⁽²⁾, elle ne doit pas être tenue à récompense : il faut nécessairement, si l'on veut que la donation serve à quelque chose, qu'elle ait lieu sans récompense.

Nous repousserons la théorie qui admet pour la communauté le droit à la récompense des primes : qui donc alors la paierait? Ce ne peut pas être l'époux stipulant, il ne retire aucun bénéfice de l'opération, ni la femme qui reçoit le montant de l'assurance, car elle touche une libéralité; s'il en était autrement, il n'y aurait pas de libéralités véritables entre époux communs en biens ⁽³⁾. *Les deux idées de récompense et de libéralité sont incompatibles* : la jurisprudence fait reprendre d'une main ce qu'elle a donné de l'autre; cette notion de récompense détruit donc celle de donation. Ainsi s'exprime la cour de Paris dans un arrêt du 5 mars 1886 ⁽⁴⁾ : « Attendu que l'assurance contractée par X... a été la stipulation au profit d'un tiers permise par l'article 1121; que le tiers bénéficiaire de l'assurance, c'est-à-dire la dame X..., était clairement et expressément désigné; — Attendu que c'est à titre de *donation* que la dame X... a acquis le droit au capital assuré...; — Attendu que, de ce qui précède, il résulte que la veuve X... ne doit aucune récompense à la communauté, *l'idée de donation étant exclusive de celle de récompense* à effectuer par le donataire ».

* * *

La question devient plus délicate encore, lorsque les deux époux ont contracté conjointement et dans la même police

(1) Lyon-Caen, S., 77. 2. 33.

(2) Avec la théorie du droit direct. V. note Labbé, S., 81. 1. 337.

(3) Lyon-Caen, *Note*, S., 77. 2. 33.

(4) C. Paris, 5 mars 1886, S., 88. 2. 227.

une assurance, par laquelle chacun d'eux s'engage à acquitter la moitié du prix moyennant le paiement régulier de primes prélevées sur les revenus communs et la compagnie s'oblige à verser un capital déterminé au survivant d'entre eux.

Comme pour la rente viagère réversible, nous avons à nous demander si cette opération intervenue entre les époux revêt le caractère d'un contrat à titre onéreux ou d'une libéralité : s'il y a donation, quel en est le montant ? Si dans les rapports des époux entre eux cette clause contient une libéralité, l'assurance est-elle valable comme étant souscrite par les deux époux dans un seul et même acte (art. 1097) ?

Nous suivrons dans nos développements le plan que nous nous sommes tracé pour la rente viagère réversible.

Un jugement du tribunal de Cambrai en date du 26 août 1875 ⁽¹⁾ décidait que le capital assuré devait tomber en communauté, comme tout ce qui était acquis à titre onéreux sous ce régime soit par les époux en commun, soit par un époux séparément. Mais ce résultat est contraire à la volonté des parties : cette clause ne produira ainsi aucun effet. Le tribunal a donc préféré sacrifier l'intention des époux à l'interprétation stricte des principes.

Nous pensons que le tribunal de Cambrai n'a pas fait une juste analyse du contrat d'assurance : le caractère particulier de cette opération est de conférer au bénéficiaire un droit qui n'est passé dans aucun patrimoine ; c'est sa seule raison d'être. Chaque époux ne fait pas l'acquisition d'un capital pour lui-même ; au contraire, il fait une stipulation pour autrui qui doit produire tous ses effets. Si, dans les rapports entre l'assuré et l'assureur il y a achat et vente, dans les rapports des époux entre eux il y a création d'un droit de

⁽¹⁾ Trib. de Cambrai, 26 août 1875, D , 76. 2. 121.

créance direct au profit du survivant, ce sont les principes de la stipulation pour autrui qui s'appliquent. Ce droit ne peut pas tomber en communauté.

Avec la théorie du tribunal de Cambrai on arriverait à supprimer ce contrat qui, à raison de sa grande utilité sociale, entre chaque jour de plus en plus dans nos mœurs. Aussi la jurisprudence, guidée par un instinct très sûr des nécessités économiques, s'est préoccupée de sanctionner la volonté évidente des époux.

*
* * *

D'après un deuxième système, auquel se rallie la jurisprudence, le capital assuré constitue *un propre* au profit du conjoint survivant. Cet époux acquiert ainsi un droit nouveau, personnel et direct de la compagnie.

La jurisprudence ne voit plus ici un contrat à titre onéreux comme dans la clause de réversibilité de la rente viagère, mais, au contraire, elle décide que l'assurance contractée par deux époux conjointement au profit du survivant renferme une double libéralité ⁽¹⁾. Cette opération assez complexe comprend deux stipulations pour autrui, deux donations mutuelles et réciproques dont une seule pourra produire effet : *Chaque époux a un droit éventuel au capital assuré, soumis à la condition suspensive de sa propre survie et à la condition résolutoire du prédécès de son conjoint*. En effet, lorsque l'un des époux vient à mourir, la condition suspensive qui affectait le droit de l'autre époux se réalise, cet époux a droit au montant intégral du capital assuré ; l'autre époux, par son prédécès, trouve son droit rétroactivement

(1) Cass. civ., 28 mars 1877, D., 77. 1. 241. — C. Paris, 10 mars 1896, D., 96. 2. 465. — C. Agen, 25 mai 1894, D., 95. 2. 513. — C. Amiens, 4 août 1898, D., 02. 2. 24.

résolu, de sorte que, grâce au jeu de la rétroactivité de la condition, il n'y a plus qu'une assurance contractée par l'époux prédécédé au profit du survivant.

Nous devons signaler ici la théorie soutenue par M. Planiol ⁽¹⁾, qui, comme la jurisprudence, voit dans ce contrat une double libéralité; il arrive aussi à assurer à l'époux survivant le bénéfice exclusif du capital assuré, mais il emploie un procédé différent. Voici son raisonnement :

Le capital assuré forme un acquêt puisqu'il est acquis à titre onéreux pendant le mariage et entre en principe dans la masse commune; mais, en outre, il faut voir dans ce contrat deux libéralités réciproques, conditionnelles en sens inverse; chaque époux a donné à l'autre sa part dans la masse commune sous la condition suspensive de sa propre survie et sous la condition résolutoire du prédécès de son conjoint. En effet, il n'est pas interdit au mari de donner sa part de communauté à sa femme et inversement; dans toute assurance réciproque on sous-entend une double donation de ce genre. Si bien que l'époux survivant recueille le bénéfice entier et exclusif de l'assurance, pour moitié à raison de la part qu'il prend dans la communauté et, pour l'autre moitié à raison de la donation qui lui a été faite par son conjoint ⁽²⁾. Il n'y aurait donc libéralité que pour moitié; dans cette mesure l'article 299 recevrait son application. Et, comme toute idée de donation est exclusive de celle de récompense, il faudrait écarter l'article 1437.

M. Planiol arrive ainsi à donner complète satisfaction aux époux qui ont voulu réserver au survivant le montant intégral du capital assuré.

⁽¹⁾ Planiol, *op. cit.*, II, 2^e éd., p. 379 et 4^e éd., p. 691.

⁽²⁾ C. Douai, 16 janv. 1897, S., 01. 2. 9. V. la note et les renvois.

Malheureusement, cette théorie méconnaît complètement le caractère juridique que la majorité des arrêts attribue au contrat d'assurance sur la vie. La jurisprudence lui fait, en effet, l'application des principes qui régissent la stipulation pour autrui : ainsi, lorsque le bénéficiaire de l'assurance est désigné dans la police même, le droit au capital assuré lui est propre et direct, il n'a jamais pu passer dans le patrimoine du stipulant ⁽¹⁾. Grâce à l'article 1121, le capital ne constitue pas un conquêt, c'est *ce capital entier ou plus exactement le montant des primes qui fait l'objet de la libéralité*. L'époux donateur ne donne pas un bien qu'il tire de la communauté, il donne un droit nouveau de créance qui ne sera définitif qu'après son décès. D'ailleurs, les effets de la stipulation pour autrui sont les mêmes entre époux qu'entre étrangers : les parties ne peuvent pas les modifier. On ne voit pas comment l'époux qui recueille le bénéfice de l'assurance en vertu d'un *droit propre, direct et personnel* dès le jour du contrat d'assurance pourrait être considéré comme recevant ce capital moitié comme commun et moitié comme donataire. Il faut donc nécessairement conclure qu'il y a libéralité pour le tout ou dans la mesure du montant des primes, suivant l'opinion que l'on admet. La jurisprudence ne se prononce pas sur ce point.

Avec le système de la jurisprudence il y a, dans cette assurance réciproque, une double libéralité dont une seule est destinée à produire effet : les droits du survivant sont réglés comme si l'époux prédécédé avait seul contracté une assurance sur sa propre vie au profit de son conjoint ; nous retombons ainsi dans l'hypothèse que nous avons envisagée plus haut. Nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer aux

(1) Dupuich, *Note*, S., 03. 1. 433.

explications précédemment fournies tant pour l'application de l'article 299 que pour celle de l'article 1437.

La jurisprudence donne satisfaction à la volonté des époux ; elle assure au survivant l'attribution exclusive du capital assuré. La convention passée entre les époux est parfaitement valable ; ils se sont fait une donation mutuelle. Mais alors cette donation réciproque ne tombe-t-elle pas sous le coup de l'article 1097 ?

La Cour de cassation évite cette objection grâce au jeu de la rétroactivité de la condition : il y a deux libéralités faites par les deux époux dans un seul et même acte, c'est vrai, mais une seule doit produire effet, à l'arrivée du décès d'un époux le droit de celui-ci est résolu, le droit de l'autre devient définitif.

Ce raisonnement est spécieux : c'est au moment où l'acte est passé qu'il faut se placer pour juger de sa validité ; un acte nul ne peut pas être rétroactivement validé.

La jurisprudence n'avait pas besoin de recourir à ce subterfuge. Il fallait donc trouver une autre application pour écarter l'article 1097.

M. Lyon-Caen ⁽¹⁾ soutient que l'article 1097 n'est pas applicable, car il ne touche qu'à la forme. Il raisonne ainsi : « Il » y a deux libéralités, mais ces libéralités faites à des tiers » (par rapport à la compagnie d'assurance sur la vie) sont » les accessoires d'un contrat à titre onéreux, l'assurance » sur la vie conclue entre la compagnie d'un côté et les deux » époux de l'autre. Or, il est de principe que les libéralités » qui se rattachent à des contrats à titre onéreux sont dispensées des formes des donations par application de l'article » 1793. L'article 1097, qui défend de faire dans un même

⁽¹⁾ Lyon-Caen, *Note*, S., 77. 2. 33. — V. également la réfutation de M. Labbé, rapportée par M. Mourlon, S., 65. 2. 4.

» acte des donations entre époux, étant une disposition relative à la forme, doit être écarté quand ces donations se trouvent n'être que l'accessoire d'un contrat à titre onéreux ».

La jurisprudence reconnaît un droit propre au profit de l'époux survivant. Sans doute, la loi permet aux époux, sans violer l'article 1395, de se constituer des propres à l'aide de fonds communs. Mais si l'article 1437 accorde aux époux le droit de tirer un profit exclusif des biens communs, il apporte immédiatement des réserves; il énumère les différentes hypothèses dans lesquelles ce droit leur est permis. Il faut, de plus, que ces fonds communs soient destinés à un bien propre existant déjà dans le patrimoine des époux et que cette dépense soit faite pour l'administration, la conservation ou l'amélioration de ce bien.

Or, dans l'attribution exclusive au survivant du capital assuré, il n'y a rien de cela; au contraire, les époux ont ainsi créé un bien absolument nouveau. Ils sont nécessairement sortis des termes de l'article 1437; l'immutabilité indispensable du régime matrimonial n'est donc plus respectée! Comment la jurisprudence justifie-t-elle son système?

La plupart des arrêts rendus sur la question n'essaient même pas de justifier leurs solutions par une construction juridique nettement établie. Ils se bornent à constater que le résultat qu'ils consacrent est désirable ⁽¹⁾. M. Labbé ⁽²⁾, sortant de cet empirisme, a recherché quel était le fondement juridique et rationnel de cette évolution de jurisprudence.

Nous avons exposé, lorsque nous avons parlé de la rente viagère réversible, l'idée neuve et personnelle de ce grand jurisconsulte qui voit chez tout individu des droits primor-

(1) V. Dupuich, *Tr. de l'assur. sur la vie*, p. 474 et s.

(2) Labbé, *Note*, S., 77. 1. 393.

diaux auxquels correspondent des intérêts patrimoniaux essentiellement personnels qui sont naturellement et non arbitrairement en dehors de la communauté. Pour éviter des redites nous renvoyons à l'exposé qui en a été fait plus haut.

Le capital assuré sera attribué à titre de propre à l'époux survivant : on ne viole pas l'article 1395. L'assurance réciproque contractée par les deux époux durant la communauté a eu pour but de sauvegarder un intérêt personnel, placé de sa nature en dehors de la communauté ⁽¹⁾. De plus, ce contrat ne pouvait pas être fait au profit de la communauté, puisqu'il a pour but de sauvegarder des intérêts, des situations nécessairement postérieurs à sa dissolution ⁽²⁾. Il faut donc admettre que l'usage qui est ainsi fait des deniers communs confère au capital assuré le caractère de propre, cette opération ne pouvant être faite qu'au profit exclusif du survivant des époux.

*
* * *

Nous sommes ainsi amené à exposer un système qui a été proposé par M. Labbé ⁽³⁾. Il se sépare de la théorie en faveur dans la jurisprudence et de celle de M. Planiol. La jurisprudence décompose l'assurance réciproque contractée par les époux au profit du survivant en une double libéralité dont une seule doit produire effet. Le droit de l'époux prédécédé est résolu ; celui du survivant devient définitif. Les droits du survivant sont réglés comme si l'époux prédécédé eût assuré seul sa vie au profit de son conjoint. Le bénéficiaire recueille donc le capital assuré à titre de propre et à titre de libéralité.

M. Labbé pense qu'il est plus conforme à l'intention com-

⁽¹⁾ Trib. de Bar-le-Duc, 3 mars 1886, *Journ. des assur.*, 1886, p. 227.

⁽²⁾ C. Rennes, 9 fév. 1888, S., 89. 2. 121, note Labbé.

⁽³⁾ Labbé, note D., 77. 1. 241, S., 77. 1. 393.

mune des époux de dire, au contraire, que *c'est le survivant qui a assuré à son profit la vie de son conjoint*.

Logiquement, il faudrait en conclure que le survivant recueille le capital assuré en vertu de sa propre stipulation : il n'y a place pour aucune idée de libéralité. Mais l'époux qui a contracté une assurance sur la tête de l'autre à son profit personnel doit récompense des primes qui ont été payées au moyen des deniers communs ⁽¹⁾. En effet, la dette de chaque époux est tombée en communauté, mais sauf récompense parce qu'elle est destinée à augmenter la fortune propre du conjoint survivant.

Pour y voir une idée de libéralité, il faut admettre qu'après cette assurance faite par chacun des époux pour son propre compte sur la vie de l'autre, ils se sont réciproquement donné ce qui serait pris sur les biens de la communauté pour l'acquit de la dette personnelle de chacun d'eux. Il y aurait alors libéralité dans cette dispense de récompense, c'est à-dire pour le montant des primes payées par la communauté et non pas pour le montant du capital assuré. L'article 299 ne s'appliquerait que dans cette mesure.

*
* * *

Enfin dans un dernier système on soutient que même dans les rapports des époux entre eux, cette assurance réciproque est un *contrat aléatoire et à titre onéreux* : chacun consentant à tout perdre en cas de prédécès pour tout gagner en cas de survie ⁽²⁾. Une telle convention n'implique pas l'existence d'une libéralité mais plutôt une stipulation intéressée. Les deux époux ont promis conjointement des primes, en

⁽¹⁾ C. Riom, 8 juill. 1890, S., 91. 2. 185, note Labbé.

⁽²⁾ V. Troplong, *op. cit.*, II, n. 1200 et Pont, *op. cit.*, I, n. 701 ; Guillouard, *op. cit.*, I, n. 377, sur la rente viagère réversible.

échange desquelles la compagnie a promis directement une somme fixe et indivisible au survivant. L'assurance est unique, les deux époux y ont pris part : il est certain qu'au moment du contrat chaque époux songeait à son intérêt et avait la perspective d'un avantage propre à retirer de cette convention. Chacun d'eux avait ainsi un droit éventuel à la totalité de l'assurance, soumis en même temps à la condition suspensive de sa propre survie et à la condition résolutoire du prédécès de son conjoint : de cette façon, le survivant aurait un droit personnel et exclusif au capital assuré.

C'est une question analogue à celle de la validité de la clause de réversibilité sur la tête du survivant de la rente viagère constituée par deux époux à l'aide de deniers communs : dans l'un et l'autre cas, il faut décider que le contrat est à titre onéreux, puisque la chance de survie est la même pour les deux époux. Le but commun a été de procurer au survivant, par la réunion des primes, un capital plus élevé : ce n'est donc pas l'idée d'une libéralité qui domine, mais celle d'un contrat aléatoire ⁽¹⁾ : par conséquent la communauté n'a droit à aucune récompense.

Si c'est la femme qui survit et si elle renonce à la communauté, par suite de sa renonciation elle est censée avoir toujours été étrangère aux biens communs. On ne peut plus dire alors que le contrat est aléatoire et à titre onéreux, puisqu'elle n'a rien payé ; c'est donc qu'à son égard le contrat est une pure libéralité. L'article 299 pourrait s'appliquer dans cette hypothèse : l'article 1437 resterait sans effet encore, car toute idée de donation est exclusive de celle de récompense.

Nous avons déjà réfuté les objections tirées des articles 1097 et 1395 ; nous n'y reviendrons pas.

(1) En ce sens : C. Douai, 31 janvier 1876, D., 76. 2. 121. — C. Rennes, 9 février 1888, S., 89. 2. 121.

Telle est l'opinion qui nous paraît préférable : les conventions intervenues entre les époux sont aléatoires, à titre onéreux, intéressées de part et d'autre. L'article 299 reste étranger à cette matière; mais quant à l'application de l'article 1437, quelques bons auteurs ⁽¹⁾ pensent qu'il faut en tenir compte à moins que chaque époux, par une clause expresse du contrat, n'ait gratifié son conjoint survivant du montant des primes payées sur sa part de communauté : cependant la récompense ne saurait dépasser le montant des primes.

Nous pensons que cette obligation à récompense enlèverait dans beaucoup de cas à l'assurance réciproque sur la vie tout son caractère pratique et tout le profit qu'on est en droit d'attendre d'elle. Le but serait manqué, si on imposait au survivant le paiement du montant des primes qui peut être parfois égal et même supérieur au capital assuré ⁽²⁾.

Si on envisage, en effet, le côté pratique des assurances sur la vie, il faut reconnaître que ces primes payées à la compagnie sont prélevées sur les revenus de la communauté : le capital assuré est ainsi le produit de l'épargne commune.

La volonté certaine des époux est que le survivant recueille le capital assuré à titre de propre sans qu'il soit tenu à aucune récompense; respecter l'intention des parties ne serait pas violer les principes de notre droit matrimonial, car l'époux survivant ne recueille en somme que le produit de son travail et de ses économies. Sans doute l'épargne commune y a

(1) Labbé (note S., 77. 1. 393, note S., 89. 2. 121) prétend qu'avec cette théorie on ne peut éviter l'article 1437.

(2) V. Thaller, *Réforme sociale*, 2^e sem., 1897, p. 803 et Wahl, note sous Paris, 10 janvier 1900, S., 1904. 2. 105. Il serait inique de réunir à la masse, comme le fait la cour de Paris, pour le calcul de la quotité disponible le montant intégral des primes lorsqu'elles sont supérieures au capital versé par la compagnie au bénéficiaire. M. Wahl avait adopté l'opinion de la cour de Paris dans une note sous Paris, 23 juin 1898, S., 1900. 2. 1, mais il l'a abandonnée depuis. V. *Revue trim. de dr. civ.*, 1902, p. 54.

contribué, mais n'est-ce pas là l'idée fondamentale de la communauté?

En résumé, soit dans la théorie de la Cour de cassation qui analyse le contrat d'assurance en une double libéralité, soit dans celle qui y voit un contrat à titre onéreux, on s'accorde à reconnaître que le survivant des époux acquiert un droit propre, personnel et direct de la compagnie. Si c'est la femme qui survit, elle peut réclamer le bénéfice de l'assurance même en renonçant.

*
* *

De ces diverses constructions juridiques destinées à justifier la clause de réversibilité de la rente viagère et l'assurance réciproque entre époux, celle qui s'adapte le mieux à ces opérations et qui se met le moins en contradiction avec les principes généraux de notre droit matrimonial, est incontestablement la théorie de Trøplong; mais il faut reconnaître néanmoins qu'aucune n'est à l'abri de toute critique. C'est que les auteurs, se conformant à la méthode traditionnelle d'interprétation, ont cherché à rattacher ce contrat intervenu entre deux époux communs en biens à des institutions juridiques consacrées par le code; en le faisant rentrer dans le cadre d'un acte juridique déterminé, ils le soumettaient par avance à la réglementation de cet acte, sans savoir si cette réglementation pouvait s'adapter aux conditions économiques qui avaient donné naissance à ce nouveau contrat.

La jurisprudence s'est montrée moins soucieuse de respecter les règles de la logique juridique : avertie des besoins de la pratique, elle s'est efforcée de solutionner le conflit né du respect qu'elle devait à l'intention des époux et à l'interprétation des principes généraux de notre droit. Elle aussi a passé par bien des tâtonnements et des hésitations et on peut

dire qu'elle n'a pas encore complètement rempli sa tâche.

Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'aucune des opinions émises jusqu'aujourd'hui n'ait donné pleine satisfaction aux époux et aux principes qui régissent notre droit matrimonial. Cette rente viagère réversible et cette assurance réciproque sur la vie nous offrent un exemple remarquable d'une institution de formation purement coutumière. La question à résoudre est identique dans les deux cas : ce sont deux aspects d'un même problème juridique. Leur existence légale ne fut reconnue que sous l'influence des nécessités pratiques ⁽¹⁾.

§ III. *Acceptation de la communauté.*

L'article 1463 du code civil décide que : « la femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcée, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec son mari, où lui dûment appelé ».

La loi n'accorde à la femme divorcée qu'un délai très court pour se prononcer : trois mois et quarante jours à partir du jour de la transcription sur les registres de l'état civil du jugement de divorce ⁽²⁾ et cela même à l'égard du mari, tandis que l'article 1456 du même code accorde à la veuve qui a fait dresser un inventaire dans les trois mois un délai de trente ans pour se prononcer. Si trente ans se passent sans qu'elle ait pris parti, elle est considérée comme acceptante : son silence vaut donc acceptation. La femme divorcée, au

⁽¹⁾ Vu l'état actuel de la jurisprudence, il serait prudent de conseiller aux époux de contracter l'assurance réciproque sur la vie dans deux polices distinctes.

⁽²⁾ Trib. de la Seine, 15 avril 1891, D., 91. 3. 95.

contraire, voit son silence interprété dans le sens de la renonciation tacite : si elle ne prend pas une décision dans les délais légaux, ce n'est pas le droit de renoncer qu'on lui retire, c'est le droit d'accepter.

Pourquoi le législateur a-t-il ainsi interprété le silence de la femme divorcée ? C'est que les époux divorcés ne sont guère disposés à user d'aucun ménagement vis-à-vis l'un de l'autre : la situation commune de leurs intérêts pécuniaires est devenue quelque chose d'anormal, à raison même des sentiments de vengeance dont ces ex-conjoints sont animés l'un envers l'autre : la liquidation de leurs intérêts communs ne peut donc souffrir aucun retard. On ne comprend pas que le mari reste en possession des biens communs : si la femme n'agit pas, c'est qu'elle a l'intention de renoncer.

Le législateur établit donc une présomption de renonciation et, conformément à l'article 1352 du code civil, cette présomption ne souffre pas de preuve contraire. La majorité des auteurs est en ce sens ⁽¹⁾. Pour nous, disent MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, le « seul fait de » l'expiration de ces délais entraîne d'office l'extinction du » droit d'acceptation de la part de l'épouse, il y a là une » interprétation légale de l'attitude de la femme. Cette interprétation n'est pas susceptible, en principe, d'être discutée » ou contredite ».

Quelques arrêts ont également consacré cette solution ⁽²⁾ : ces cours ont jugé que la présomption légale de renonciation à la communauté, édictée par l'article 1463, repose sur une idée de déchéance et met obstacle à toute acceptation

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, 3^e édit., p. 304 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, III, n. 1297.

⁽²⁾ C. Agen, 21 déc. 1869, S., 70. 2. 274. — C. Alger, 14 mars 1895, D., 96. 2. 476.

ultérieure ; après l'expiration du délai légal la femme ne peut plus faire aucune acceptation.

M. Colmet de Santerre ⁽¹⁾ soutient, au contraire, que cette présomption de renonciation n'est pas absolue et que la femme peut la détruire en acceptant encore après l'expiration du délai imparté par l'article 1463. Cette doctrine, qui est le reflet des exigences de la pratique, semble ressortir de presque toutes les décisions rendues sur ce point : sans doute, les tribunaux posent en principe que le fait de l'expiration des délais légaux entraîne l'extinction, pour la femme divorcée, du droit d'accepter la communauté ; mais aussitôt, élargissant le cercle trop étroit d'une solution aussi rigoureuse, ils y apportent tant de tempéraments qu'ils finissent par faire disparaître la règle elle-même.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation ⁽²⁾ a décidé que l'article 1463 n'établit qu'une présomption fondée sur le silence de la femme, présomption qui ne peut prévaloir sur l'expression formelle de son intention antérieurement manifestée.

Un arrêt de la cour de Colmar ⁽³⁾ estime que la présomption de renonciation établie par l'article 1463 est inapplicable lorsque, dans le délai de trois mois, la femme a provoqué des actes pouvant la mettre à même de faire son option en connaissance de cause, de telle sorte qu'aucune négligence ne lui soit imputable.

C'est dans le même sens que la cour de Rennes ⁽⁴⁾ a jugé que cette présomption reçoit exception au cas où des contes-

⁽¹⁾ Demante et Colmet de Santerre, *Cours anal. de C. civ.*, VI, n. 119 bis, II.

⁽²⁾ Cass. req., 21 juin 1831, S., 31. 1. 268. — Cass. req., 8 nov. 1830, D., 30. 1. 393.

⁽³⁾ C. Colmar, 8 août 1833, D., 38. 2. 204, en matière de séparation de corps.

⁽⁴⁾ C. Rennes, 26 juin 1851, S., 52. 2. 10, *id.*

tations qu'il n'a pas dépendu de la femme de faire cesser l'ont empêchée de déclarer son option dans le délai.

La cour de justice civile de Genève ⁽¹⁾ a tranché franchement la question : « Considérant, dit la Cour, que l'article » 1463 du Code civil dispose que la femme divorcée qui n'a » point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce » définitivement prononcé, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé...; que cet article édicte au fond la » déchéance d'un droit ; qu'il est de principe que les déchéances sont de droit strict et qu'elles ne peuvent être » prononcées par les tribunaux que dans les cas et conditions » prévus par la loi. — Considérant que l'article ci-dessus visé » ne prononce pas d'office et formellement l'extinction du » droit d'acceptation, par le seul fait de l'expiration du délai » indiqué; qu'il se borne à dire que, dans le cas prévu, la » femme est censée avoir renoncé à la communauté, que » cette disposition ne constitue donc qu'une simple présomption de fait qui doit céder devant la preuve contraire... ».

En résumé, il faut conclure que la femme divorcée, les délais étant expirés, pourra encore accepter la communauté si elle établit qu'aucune acceptation antérieure n'a pu avoir lieu par suite soit des agissements de son mari, soit d'un cas de force majeure, soit, en un mot, de circonstances indépendantes de sa volonté.

Ces tempéraments écartés, la femme est définitivement déchue de son droit d'acceptation : le mari pourra s'en prévaloir non seulement à l'égard de sa femme mais encore à l'égard des tiers. Cependant, si la femme avait renoncé en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci pourraient faire déclarer la renonciation frauduleuse et accepter la communauté de leur chef.

(1) C. de just. civ. de Genève, 28 mai 1888, S., 89, 4, 21.

*
* *

Mais la femme pourrait-elle au cours de l'instance, c'est-à-dire depuis le jour de la demande jusqu'à l'expiration du délai de trois mois et quarante jours, accepter la communauté ou y renoncer?

L'affirmative est admise par une jurisprudence constante; un arrêt de la Cour de cassation ⁽¹⁾, rendu en matière de séparation de corps, paraît être le point de départ de cette évolution de jurisprudence : « Attendu, dit la Cour, que l'article 1463 » du Code civil, en disant que la femme qui n'a pas, dans les » trois mois et quarante jours après la séparation de corps, » accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, n'établit qu'une présomption fondée sur le silence de la femme, » et qui ne peut raisonnablement prévaloir sur l'expression » formelle de son intention manifestée *antérieurement*; » attendu d'ailleurs, que le but évident de cette disposition » est seulement de ne pas permettre à la femme d'accepter » tardivement, c'est-à-dire passé ce délai, et qu'elle n'a pas » eu en vue de prohiber une *acceptation anticipée, conditionnelle, subordonnée* à l'événement de la séparation non » encore prononcée. — Attendu que cet article 1463, entendu » sainement, n'a pas non plus pour objet de prévoir et prohiber l'acceptation anticipée, mais bien d'établir en principe » général la faculté, pour la femme, d'accepter ou de répudier la communauté et de rendre illicite toute convention » qui aurait pour but de lui enlever cette faculté... ».

Cette question présente, à notre avis, peu d'intérêt pratique en matière de divorce, car la rétroactivité n'ayant d'effet qu'entre les époux, une acceptation ou une renonciation faite au cours de l'instance n'est valable que par rapport au

(1) Cass. req., 21 juin 1831, S., 31. 1. 268.

mari : elle n'existe pas au regard des tiers, qui ne peuvent ni l'invoquer ni se la voir opposer. Mais alors, dans les rapports des époux entre eux, cette fiction de rétroactivité suffit-elle pour justifier une semblable solution?

Nous ne le pensons pas : le législateur, en édictant l'article 252, a eu pour but d'enlever aux époux la faculté de modifier le patrimoine commun en apportant des entraves à la procédure, mais nulle part il n'a entendu déroger aux principes qui régissent l'acceptation ou la répudiation de la communauté. Cette règle de la rétroactivité a ses limites dictées par l'intérêt de l'épouse, intérêt qui sert de fondement à cette rétroactivité. Or la femme n'ayant aucun intérêt, au point de vue de son droit d'option, à faire considérer la communauté comme dissoute dès le jour de la demande, ne saurait se prévaloir de la fiction de rétroactivité.

Faire application de l'idée de rétroactivité dans ce cas, ce serait contraire au but que le législateur a voulu atteindre.

La rétroactivité relative attribuée au divorce n'est qu'un moyen d'empêcher le mari d'abuser de ses pouvoirs au détriment de la femme : son effet est donc limité par le motif de son institution.

C'est seulement après la dissolution de la communauté, dissolution résultant du jugement de divorce, que la femme doit accepter ou renoncer ⁽¹⁾.

Ne serait-il pas excessif de considérer la femme comme liée par des actes d'acceptation expresse ou tacite, qu'on prétendrait avoir été faits par elle avant le prononcé du jugement de divorce? On pourrait trouver souvent, en effet, dans les conclusions de la femme, des réclamations supposant soit une acceptation, soit une renonciation.

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, n. 1014.

Néanmoins il est certain qu'elle ne saurait intenter valablement avant le jugement de divorce une action distincte en liquidation ou en partage.

Cette solution est encore contraire aux principes ⁽¹⁾ : les conditions requises pour accepter la communauté ou y renoncer sont celles exigées pour l'acceptation ou la renonciation à une hérédité : or, on ne peut exercer son droit d'option que lorsqu'il est ouvert, et il ne s'ouvre qu'à la dissolution. Il faut encore que l'acceptation comme la renonciation soit pure et simple et ne comporte ni terme ni condition, le tout à peine de nullité. L'acceptation anticipée de la femme ne saurait être que conditionnelle et subordonnée à la prononciation du divorce.

Cette acceptation anticipée viole manifestement l'article 1453 : la femme n'a pas le droit d'exercer son option avant la dissolution de la communauté. Or comme l'acceptation est irrévocable ⁽²⁾, la femme qui dans ses conclusions accepte la communauté renonce par ce fait à la faculté de renoncer ⁽³⁾.

Un grand reproche que nous ferons encore à cette acceptation anticipée, c'est de constituer un véritable danger pour la femme : en effet, le mari est toujours resté pendant l'instance le chef de la communauté à l'égard des tiers. Il peut donc, s'il est de mauvaise foi, dissiper tout l'actif de la communauté et la femme qui, au jour de sa demande, a cru accepter une communauté avantageuse, se trouve ainsi ruinée ou du moins n'a plus qu'un recours illusoire contre son mari insolvable.

(1) Laurent, XXII, n. 370 ; Pothier, *Communauté*, n. 536 et s.

(2) *Contra* C. de Grenoble, 3 mai 1893, D., 94. 2. 387. Cette cour reconnaît que la femme qui a implicitement manifesté l'intention d'accepter la communauté peut revenir sur cette manifestation de sa volonté, cette solution doit être repoussée comme contraire aux principes.

(3) Voir note de Loynes dans D., 1902. 2. 97.

Mais la jurisprudence trouve dans cette théorie de l'acceptation anticipée un moyen ingénieux pour écarter en faveur de la femme la déchéance de l'article 1463 : sa solution ne se recommande que par son utilité pratique. La loi ne dit pas que l'acceptation visée par cet article doive être expresse : les tribunaux en tirent cette conséquence qu'elle peut être tacite et que la présomption de renonciation de l'article 1463 doit céder devant tout fait prouvant la volonté manifeste d'accepter. Les juges du fond ont d'ailleurs un pouvoir souverain pour décider, d'après les faits et circonstances de la cause, qu'une femme divorcée a accepté la communauté avant l'expiration du délai fixé par l'article 1463 ⁽¹⁾.

C'est ainsi que l'acceptation a pu notamment résulter de ce que, dans le délai accordé à la femme pour accepter, elle a cité son mari en conciliation pour arriver entre eux à une liquidation, ou bien de ce que, même après ce délai, elle a assigné son mari, à défaut de conciliation, en partage des biens communs ⁽²⁾.

C'est ainsi que la femme qui, dès le début de l'instance en divorce, a fait procéder à l'apposition des scellés sur les meubles du mari puis à l'inventaire des biens dépendant de la communauté et a dans ses conclusions expressément demandé la liquidation de la communauté et la nomination d'un notaire à cet effet, est justement considérée comme ayant accepté la communauté dans le délai légal ⁽³⁾.

De même, la femme qui, après des conclusions tendant à faire fixer la consistance de la communauté, a formé une saisie-arrêt sur les débiteurs de son mari ou a fait comman-

⁽¹⁾ Cass. req., 13 juill. 1899, D., 1900. 1. 195. — Défrénois, *Tr. prat. des liquidations*, II, 4^e édit., n. 6804.

⁽²⁾ Cass. req., 10 nov. 1845, D., 45. 1. 426.

⁽³⁾ C. Paris, 2 mai 1850, D., 50. 2. 186, en matière de séparation de corps.

dement à celui-ci de lui payer ses reprises sans préjudice de ses droits dans la communauté, est réputée par là avoir accepté la communauté dans le sens de l'article 1463 ⁽¹⁾.

L'acceptation peut également résulter de ce que la femme a conclu à ce que le tribunal ordonne la liquidation de la communauté ⁽²⁾; d'une lettre écrite par l'avoué de la femme au notaire pour le prier de dresser la liquidation de la communauté ⁽³⁾; de la volonté de la femme nettement exprimée au cours de l'inventaire de partager la communauté; des recherches qu'elle a fait faire sur les moindres éléments de celle-ci et de la lutte incessante soutenue par elle contre les obstacles soulevés par le mari à la confection de l'inventaire.

Le mari qui a reconnu implicitement le fait de l'acceptation de la communauté par sa femme n'est plus fondé ensuite à opposer à cette dernière la présomption de l'article 1463 ⁽⁴⁾.

Enfin, si la femme s'immisce dans la communauté par des faits positifs ayant lieu dans le délai de l'article 1463, il y a acceptation tacite ⁽⁵⁾.

Concluons donc que dans la théorie admise par la jurisprudence l'article 1463 ne fait qu'établir une présomption fondée sur le silence ou l'abstention de la femme ⁽⁶⁾; cette présomption de renonciation tombe devant la volonté de celle-ci même implicitement manifestée soit par des actes, soit par des faits directs ou indirects.

Cependant la cour de Bordeaux a jugé, dans un arrêt du

⁽¹⁾ Cass. req., 14 mars 1855, S., 55. 1. 335, en matière de séparation de corps.

⁽²⁾ C. Grenoble, 30 mai 1893, D., 94. 2. 387.

⁽³⁾ C. Paris, 24 janv. 1896, D., 96. 2. 272.

⁽⁴⁾ Cass. req., 13 juillet 1899, précité.

⁽⁵⁾ Troplong, *Du contr. de mar.*, III, n. 1581; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 1041.

⁽⁶⁾ Cass. req., 18 juill. 1904, D., 04. 1. 545, note.

10 novembre 1903 ⁽¹⁾, que la femme divorcée qui a laissé passer sans accepter la communauté les délais fixés par la loi est non recevable à en demander la liquidation. Il en est ainsi, alors qu'elle aurait demandé l'assistance judiciaire et comparu devant le bureau; ces faits ne l'empêchant pas de renoncer à son action et ne donnant pas à sa volonté le caractère formel et définitif qui est nécessaire à défaut de forme sacramentelle pour que l'acceptation soit valable.

*
* * *

Une dernière question se pose, c'est celle du recel, par la femme divorcée, de différents effets de la communauté après y avoir renoncé ou après s'être abstenue. L'article 1460 nous dit : « La veuve qui a diverti ou recélé quelques effets de la » communauté est déclarée commune nonobstant sa renon- » ciation ». La loi ne dit rien de l'épouse divorcée : nous faudra-t-il lui appliquer ce texte ?

La généralité du texte de l'article 1477 et la place qu'il occupe dans le code nous y autorisent, « celui des époux qui » aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté, » est privé de sa portion sur les dits effets ». Il n'y a pas de raisons sérieuses pour établir une distinction entre l'épouse divorcée et la veuve. On nous objecte l'adage *pœnalia non sunt extendenda*; à cela nous répondrons avec Laurent ⁽²⁾ que la peine est plutôt un acte d'indulgence, puisqu'elle empêche de poursuivre la femme pour cause de délit.

L'opinion contraire fut consacrée par un arrêt de la cour de Toulouse ⁽³⁾ et approuvé par Troplong ⁽⁴⁾ : « Attendu, dit

⁽¹⁾ C. Bordeaux, 10 nov. 1903, *Rec. de Bordeaux*, 1904, 1. 53.

⁽²⁾ Laurent, *loc. cit.*, XXII, n. 387.

⁽³⁾ C. de Toulouse, 23 août 1827, D., 28. 2. 172.

⁽⁴⁾ Troplong, *loc. cit.*, III, n. 1568.

cet arrêt, que l'article 1460 du Code civil n'a été fait que pour » la veuve qui a diverti les objets de la communauté ; qu'il » est inapplicable à la femme qui, placée sous la puissance de » son mari, n'est censée n'avoir agi que par ses ordres et » pour son compte ; qu'il est donc dérisoire de vouloir faire » prononcer pour ce motif la nullité de la renonciation ; qu'il » suffit d'ordonner qu'elle précomptera sur les sommes à elle » dues les immeubles et effets que le mari pourra prouver » qu'elle a gardés pour elle ». Ainsi la femme divorcée peut, nonobstant son recel, renoncer à la communauté, sauf l'obligation de précompter ⁽¹⁾. Malgré l'autorité de ces auteurs, nous pensons devoir soutenir la première solution.

§ IV. *Du compte d'administration du mari.*

La communauté, une fois acceptée par la femme, est réputée dissoute au jour de la demande en vertu de l'effet rétroactif attaché au jugement de divorce. Son patrimoine se trouve confondu pour partie avec le patrimoine propre du mari et le patrimoine propre de la femme. En droit, son bilan actif et passif se trouve arrêté à ce jour, mais en fait, comme la communauté subsiste toujours, son patrimoine comportera encore nécessairement des variations jusqu'au jour où cette masse commune prendra réellement fin par la liquidation.

Quelles sont les règles que le notaire liquidateur doit suivre pour l'attribution des revenus produits par ces divers patrimoines au cours de l'instance ⁽²⁾ ?

⁽¹⁾ Rodière et Pont, *loc. cit.*, II, n. 1101.

⁽²⁾ Il faut signaler un procédé fréquemment employé par les avoués pour retenir la liquidation au détriment des notaires. Ce procédé a l'avantage de supprimer le compte d'administration du mari : chaque époux reprend immédiatement l'administration de ses biens. Il faut naturellement qu'il s'agisse d'un divorce convenu : l'avoué fait signer à la femme une quittance en laissant la date en blanc, dans

Dès le jour de la demande la situation du mari est bien changée, ce n'est plus le seigneur et maître des biens et des revenus communs, il est descendu au rôle d'un administrateur comptable, responsable vis-à-vis de sa femme des intérêts de sa dot et des revenus de ses propres. La jouissance divise s'arrête là : les dettes qu'il contracte désormais restent à sa charge et ne grèvent plus la communauté. Tous les fruits civils produits depuis cette date appartiennent à chacun des patrimoines qui les a produits; il les perçoit encore mais à charge d'en rendre compte. Faudrait-il en conclure que le mari a perdu tous ses pouvoirs, que les actes qu'il fera seront radicalement nuls du moins à l'égard de la femme? Pour répondre à cette question distinguons, comme la loi le fait elle-même, entre les actes d'administration et les actes de disposition.

La loi n'a pas pu priver le mari de ses pouvoirs d'administration rendue nécessaire par la survivance effective de la communauté; elle n'a pas pu dès le jour de la demande attribuer à chacun des époux un droit conditionnel d'administration; l'administration étant une nécessité, il est impossible, dans l'intérêt même de la communauté, que la validité des actes d'administration du mari puisse rester douteuse.

Certes, ce n'est plus cette administration libre et sans con-

laquelle elle reconnaît avoir reçu de son mari des biens suffisants pour la désintéresser et par laquelle elle s'engage à ne rien réclamer de plus au mari. Lorsque le jugement de divorce est rendu, l'avoué dresse la liquidation, rend cette quittance à la femme et régularise ainsi la situation. Malheureusement très souvent les choses se gâtent au cours des débats : la femme se plaint d'avoir été mal conseillée, d'avoir fait trop de concessions et ne veut plus donner suite à la convention passée entre elle et son mari alors qu'elle était encore incapable. Nos deux époux sont obligés de revenir devant les tribunaux. D'ailleurs le paiement des reprises ne peut avoir lieu avant que le divorce ne soit devenu définitif. Cass. req., 6 avril 1903, D., 1903. 1. 307.

trôle, le mari est devenu comptable. Il est tenu de porter en recette tous les fruits et intérêts qu'il perçoit, toutes les créances qu'il recouvre. En effet, les fruits naturels ou civils produits par les biens communs forment désormais partie intégrante de l'actif de la communauté avec laquelle ils se confondent. Quant aux fruits des propres, ils sont eux-mêmes des propres ⁽¹⁾; ils doivent être restitués au propriétaire, quel que soit le parti que la femme puisse prendre au sujet de la communauté. En conséquence, la femme peut prélever avant tout partage la valeur des fruits perçus par son mari sur ses propres depuis la demande, sous déduction toutefois de sa part contributive dans les charges du ménage. De son côté, le mari a le même droit quant aux fruits provenant de sa fortune personnelle ⁽²⁾.

Aux fruits produits par les propres, il faut assimiler ceux qui proviennent des effets recelés; en effet, le recel confère à la victime de la fraude un droit exclusif de propriété sur les objets divertis. En sens inverse, le mari n'est pas obligé de supporter personnellement les dettes nécessitées par son administration; il les fera figurer au passif de son compte, mais il doit en établir l'existence par la production des pièces justificatives, notamment par des quittances ⁽³⁾.

Le mari est tenu du devoir d'administrer; en cas de faute, il devient responsable d'après les règles du droit commun. Il doit pourvoir à tous les actes conservatoires, poursuivre en temps utile les débiteurs de la femme ou ceux de la com-

(1) Le notaire liquidateur doit faire figurer ces revenus dans la colonne des fonds non dans celle des fruits.

(2) Cass. req., 4 fév. 1846, S., 46. 1. 553 en matière de séparation de biens. — C. Dijon, 3 déc. 1869, S., 70. 2. 17 en matière de séparation de biens.

(3) Cass. civ., 7 janv. 1890, S., 93. 1. 408. — C. Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385 et la note.

munauté ⁽¹⁾, interrompre les prescriptions, intenter les actions qui constituent des actes d'administration.

Le mari doit encore faire produire des revenus tant aux biens de la communauté qu'à ceux de la femme, placer les capitaux, donner les immeubles à bail pour neuf années au plus; néanmoins en cas de bonne foi, il est équitable de décider que le mari ne pourra être aucunement recherché pour les placements malheureux.

En ce qui concerne les actes de disposition, nous pensons que le mari, ayant perdu ses droits de chef de la communauté, ne peut plus exercer qu'à ses risques et périls les actions immobilières qui ne constituent pas des actes d'administration, ni aliéner les meubles et les immeubles; s'il le fait, il sera tenu d'indemniser sa femme de la valeur réelle de ces biens estimés au jour de la dissolution de la communauté ⁽²⁾.

Le mari peut profiter des chances favorables, mais il doit aussi supporter les mauvaises.

Cependant, il faut lui reconnaître la faculté d'aliéner les objets mobiliers qui se consomment par le premier usage, cette aliénation rentrant, au contraire, parmi les actes d'une sage administration.

L'article 243 ne semble-t-il pas dire le contraire, en accordant au mari le pouvoir d'aliéner? « Toute obligation, dit » cet article, contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui » en dépendent postérieurement à la date de l'ordonnance, » dont il est fait mention en l'article 235, sera déclarée nulle, » s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en » fraude des droits de la femme ». Cet article 243 n'est que

⁽¹⁾ Cass. civ., 19 juil. 1863, S., 63. 1. 187.

⁽²⁾ C. Paris, 10 août 1897, D., 98. 2. 216.

la reproduction de l'article 271 (ancien) qui fut édicté dans un but de protection à accorder à la femme contre les engagements du mari, à une époque où la dissolution de la communauté n'avait lieu que le jour de la prononciation du divorce. Cet article 243 fut voté avant l'article 252, alors que le principe de la rétroactivité du jugement de divorce n'avait pas encore été nettement dégagée et qu'on n'en avait pu envisager toutes les conséquences. Il ne peut avoir de raison d'être qu'à une époque où la communauté subsiste encore : son application devant cesser aussitôt que la communauté est dissoute, c'est-à-dire au jour de la demande dans les rapports des époux entre eux.

Tel est le sens qu'il faut attribuer à l'article 243, si on ne veut pas être forcé d'admettre que la loi s'est mise en contradiction avec elle-même. Cet article reprendra tout son empire vis-à-vis des tiers, car pour eux le jugement de divorce n'a pas d'effet rétroactif; la communauté subsiste encore.

L'article 252, en rendant la dissolution rétroactive dans les rapports des époux entre eux, dispense la femme de prouver la fraude pour faire tomber l'acte.

Néanmoins, l'article 243 conserve cet avantage que l'acte est annulé même à l'égard des tiers, tandis que la rétroactivité ne leur est pas opposable.

Ainsi donc, en principe, les aliénations de biens communs consenties par le mari au cours de l'instance sont nulles au regard de la femme. Si le mari constitue des droits réels, la femme sera fondée à lui réclamer une indemnité de ce chef.

De même encore, le mari, ayant perdu la qualité de chef de la communauté, ne peut plus disposer à titre gratuit des immeubles communs pour l'établissement des enfants communs et la femme acceptant la communauté n'est pas tenue à la moitié de la dot (1439).

Toutes les obligations contractées par le mari depuis le jour de la demande, qui ne sont pas la suite directe de ses pouvoirs d'administrateur, ne peuvent ni engager la femme ni grever la communauté qui n'existe plus. Les dettes contractées par le mari comme les dettes contractées par la femme même autorisée de son mari leur restent propres; l'autorisation du mari ne peut plus conférer à la femme le pouvoir d'obliger une communauté que le mari lui-même n'aurait plus le droit d'obliger. Le règlement de ces obligations a lieu au moyen d'indemnités au profit de l'époux dont le patrimoine a dû acquitter ces dettes.

Comme il serait injuste qu'un patrimoine pût s'enrichir aux dépens de l'autre, l'époux qui serait resté à la tête des opérations commerciales, industrielles ou financières à ses risques et périls, devrait également une récompense à la communauté à raison des avantages qu'il aurait retirés de l'usage de la maison et du fonds dépendant de la communauté, mais seulement à concurrence des intérêts de la somme représentant la valeur de la maison et du fonds ⁽¹⁾.

A l'égard des tiers les aliénations et les baux passés par le mari durant l'instance restent valables à moins qu'ils n'aient été consentis en fraude des droits de la femme ⁽²⁾. Toutes les dettes contractées par le mari ou par la femme autorisée de son mari continuent à grever la communauté; en un mot, vis-à-vis d'eux la communauté subsiste toujours. Nous aurons, du reste, à revenir sur ce point en traitant de la liquidation de la communauté dans les rapports des époux avec les tiers. Ceux-ci, en effet, ignorent ou sont censés ignorer l'instance en divorce pendante entre les deux époux; aucune publicité ne vient leur révéler ce procès, rien ne

⁽¹⁾ Cpr. Cass. civ., 23 mai 1905, D., 06. 1. 369 et la note de M. Boutaud.

⁽²⁾ C. Douai, 25 juillet 1901, D., 02. 2. 248.

pouvant leur signaler les changements qui se sont produits dans les pouvoirs du mari, il était de toute nécessité qu'ils fussent couverts par leur bonne foi. Tel est l'esprit qui a dicté l'article 243 qui déclare que les actes passés par le mari, fussent-ils faits en fraude des droits de la femme, conserveront toute leur force à moins que la femme ne puisse établir la mauvaise foi des tiers.

La mauvaise foi va-t-elle résulter de ce seul fait que les tiers ont eu connaissance de la demande en divorce ? Nous ne le pensons pas : on admet généralement qu'il faut un concert frauduleux entre le mari et les tiers. Ces tiers ont pu croire que les actes passés avec le mari ne causaient aucun préjudice à la femme : or, à défaut de préjudice la femme étant sans intérêt ne peut pas demander la révocation de ces actes. Du reste, le simple préjudice ne suffit pas à constituer la fraude, il faut encore l'intention de nuire à la femme ⁽¹⁾. Deux sortes de fraude sont à craindre : le mari peut diminuer la communauté soit dans le but de s'enrichir lui-même, soit pour avantager un tiers aux dépens de sa femme. Cette dernière devra prouver non seulement la fraude du mari mais aussi celle des tiers. Cela ne peut plus faire de doute depuis la loi de 1886 ; M. Delsol, dans la séance du 22 décembre 1885 au Sénat, ayant demandé s'il fallait que les tiers eussent été complices de la fraude, le rapporteur, M. Labiche, répondit : « *Cela me paraît nécessaire* » ⁽²⁾.

L'article 243 ne serait-il qu'une application anticipée de l'article 1167, qu'un cas spécial de l'action paulienne ? C'est

⁽¹⁾ Paroles de M. Labiche, rapporteur de la loi du 18 avril 1886 au Sénat : séance du 22 décembre 1885, dans Coulon, *op. cit.*, II, p. 319 et s.

⁽²⁾ Paroles rapportées dans Coulon précité, p. 324. — Avant cette loi de 1886, un arrêt de la cour de Colmar avait jugé le contraire, 25 fév. 1857, S., 57. 2. 321. — En notre sens, Laurent, III, n. 253 ; Aubry et Rau, V, § 494, note 21, p. 204.

l'opinion qui est le plus généralement admise ⁽¹⁾. Le fondement de ces deux articles est le même; pour le mari ou le débiteur, c'est la fraude qui sert de base à cette action; pour les tiers de mauvaise foi, c'est l'article 1382; pour les tiers de bonne foi, le principe d'équité qui veut que nul ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui.

Aussi faudrait-il décider que la femme ne devrait rapporter la preuve de l'intention frauduleuse des tiers qu'autant qu'il s'agirait d'un acte à titre onéreux; quant aux actes à titre gratuit, ils pourraient être annulés malgré la bonne foi des tiers ⁽²⁾.

D'où il suit que la femme, quand elle voudra faire révoquer l'aliénation d'un immeuble commun faite par le mari depuis le jour de la demande en divorce, devra établir : 1^o le préjudice qu'elle éprouve; 2^o la fraude du mari, c'est-à-dire l'intention de nuire à sa femme; 3^o la complicité des tiers ⁽³⁾.

Il faut un préjudice, avons-nous dit, car si le mari a consenti une vente moyennant un juste prix, la femme ne peut pas s'en plaindre vis-à-vis de l'acquéreur, puisqu'elle retrouve ce prix dans l'actif à liquider. Quant à la fraude du mari, elle est facile à établir, car il sait que dès le jour de la demande il ne peut plus disposer de l'actif de la communauté. Mais beaucoup plus délicate et difficile est la preuve de la complicité des tiers : il ne suffit pas de prouver qu'ils

(1) Bertheau, *Rép. rais. de la prat. des affaires*, v^o *Divorce*, n. 35384. — C. Douai, 25 juill. 1901, précité, note 2.

(2) MM. Aubry et Rau (V, § 494, note 21) enseignent qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués. Il faudrait dans tous les cas prouver la complicité des tiers. — *Contra* Garsonnet, III, § 460, note 14, p. 219 et s.

(3) Bertheau, *op. cit.*, v^o *Divorce*, n. 35389. L'article 243 ne parle que des immeubles; il s'applique également aux meubles.

ont eu connaissance de l'instance. Elle résultera de certains faits et circonstances laissés à l'appréciation du juge.

Si la femme n'arrive pas à prouver la complicité des tiers, elle doit se contenter d'un recours contre son mari, qui lui doit réparation de tout le préjudice qu'il lui a causé en faisant des actes dépassant les limites de ses pouvoirs. Peu importe sa bonne ou sa mauvaise foi. La femme n'a pas à rapporter cette preuve, il lui suffit de prouver qu'elle a subi un préjudice. Ce recours peut être parfois illusoire par suite de l'insolvabilité de son mari. En tous cas, elle doit respecter les droits acquis par les tiers (*sont tiers les personnes dont les droits sont nés antérieurement à la transcription du jugement de divorce*).

*
* * *

C'est à ce propos que M. Carpentier ⁽¹⁾ critique la loi de 1886 : « A quoi se ramènera la rétroactivité qui s'opèrera entre époux au jour de la demande ? à faire reporter au jour de la demande la liquidation des droits respectifs des époux ? Mais qu'importe, en réalité, si chacun d'eux dans l'intervalle a conservé les pouvoirs d'administration qu'il tenait de son contrat ou de la loi ? S'il a pu valablement les exercer à l'égard des tiers et si ceux-ci ne peuvent être recherchés ? La satisfaction stérile qui sera donnée à la femme d'antidater en quelque sorte la dissolution de son mariage empêchera-t-elle, par exemple, que le mari n'ait mis à profit les lenteurs du procès pour dissimuler une partie de l'actif commun en le faisant mobilier d'immobilier qu'il était ? L'empêchera-t-elle d'avoir perçu et dissipé pendant ce temps les revenus communs ? Il deviendra comptable sans doute, mais ce sera une comptabilité fictive, difficile à établir... ».

(1) Carpentier, *op. cit.*, 2^e partie, p. 184.

Ces reproches ne sont nullement fondés : nous avons vu plus haut que dès le jour de la demande le mari devenu administrateur comptable est responsable vis-à-vis de sa femme de la valeur réelle des biens qu'il ne peut représenter à la liquidation. Pour éviter le recours de la femme le mari doit se rendre insolvable. Il faut avouer que c'est là une extrémité peu pratique, à laquelle il se résoudra difficilement ! Si la femme a à redouter la mauvaise foi de son mari et si elle veut se garantir contre les droits qui pourraient être acquis par les tiers, elle peut, en formant sa demande en divorce, conclure également à la séparation de biens dont l'effet rétroactif est absolu. C'est là la plus sûre garantie de ses intérêts pécuniaires.

Quant à la comptabilité, il ne dépend que de la femme qu'elle ne soit ni fictive ni difficile à établir. La loi lui reconnaît le droit de faire dès le début de l'instance apposer les scellés et dresser un inventaire. Si au cours de ces mesures conservatoires le mari est constitué gardien judiciaire des objets et valeurs dépendant de la communauté, il a l'obligation précise de les représenter en nature lors de la liquidation ⁽¹⁾, obligation qui est sanctionnée non seulement par une responsabilité civile mais encore par une responsabilité pénale (art. 400 du C. pén.).

Enfin l'hypothèse la plus fréquente dans la pratique est celle du mauvais vouloir du mari, de sa négligence : dans ce cas la femme peut s'adresser à la justice pour lui demander de confier l'administration de certains biens soit à elle-même, soit à un tiers. Mais pourrait-on dépouiller complètement le mari de l'administration des biens de la communauté pour en investir un tiers, qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la masse commune ?

(1) C. Douai, 20 fév. 1899, D., 99, 2, 182.



Une question d'une aussi haute importance pour le mari devait trouver des défenseurs dans les deux camps. Ceux qui soutiennent l'affirmative ⁽¹⁾ et qui accordent aux tribunaux le droit de nommer un séquestre chargé d'administrer les biens de la communauté pendant l'instance en divorce voient en cela l'application d'une mesure de prudence, de justice, de nécessité.

Ils appuient leur solution surtout sur des considérations d'équité tirées de l'intérêt de la femme; il n'est pas possible que le législateur ne vienne en aide à la femme, qui est obligée d'assister tranquillement au spectacle des dilapidations et des fraudes de son mari qui vont consommer sa ruine !....

Ils essaient aussi d'appuyer leur argumentation sur des textes. D'abord, disent-ils, l'instance en divorce porte une atteinte sérieuse aux pouvoirs d'administration du mari, témoin l'article 242 qui permet l'apposition des scellés sur les effets de la communauté et prescrit la confection d'un inventaire, à la suite duquel le mari reste en possession des objets compris dans l'inventaire en qualité de gardien judiciaire. Or le mari au jour de la liquidation doit représenter en nature tous les objets inventoriés, sauf à répondre de leur valeur en cas de non-représentation. N'y a-t-il pas là, conclut M. Demolombe, une dérogation aux pouvoirs étendus du mari que lui confère l'article 1428 pour l'administration de la communauté, dérogation qui est encore confirmée et aggravée par l'article 243 ⁽²⁾?

On ne peut pas opposer l'article 1961 du Code civil qui

⁽¹⁾ Demolombe, *Tr. du mar. et de la sép. de corps*, II, n. 465. — En ce sens C. Douai, 6 avril 1853, S., 55. 2. 714.

⁽²⁾ Cass. req., 26 juin 1866, S., 66. 1. 334.

énumère les trois cas dans lesquels les juges sont autorisés à nommer un séquestre : l'interprétation la plus généralement admise est que son énumération n'est pas limitative. Le serait-elle, ajoute M. Demolombe, que la généralité des termes de l'article 1961 paraît pouvoir s'appliquer à notre hypothèse.

Enfin les partisans de cette doctrine invoquent encore l'article 869 du Code de procédure qui autorise en termes très généraux les actes conservatoires au cours de l'instance en séparation. Sans cependant vouloir assimiler complètement la séparation de biens à la séparation de corps et au divorce il semble que dans cette hypothèse cette assimilation soit permise. Car au fond qu'est-ce que réclame la femme ? C'est tout simplement une mesure conservatoire.

M. Planiol permet également au juge de nommer séquestre qui bon lui semble, en se fondant sur les termes mêmes de l'article 242, qui dit que : « L'époux qui est en possession en » est constitué le gardien judiciaire à moins qu'il n'en soit » décidé autrement ».

A ce sujet, M. Planiol ⁽¹⁾ critique un arrêt de la cour de Paris ⁽²⁾ qui décidait le contraire : « Cet arrêt rendu quelques semaines avant la loi du 18 avril 1886 qui a si heureusement rajeuni la procédure du divorce, se trouverait aujourd'hui en contradiction avec le texte actuel, et il ne peut guère servir qu'à mettre en lumière une des améliorations introduites dans cette procédure... Enfin, une dernière addition a été faite et c'est elle précisément qui donne tort à l'opinion précédemment suivie et adoptée par notre arrêt. L'alinéa final du nouvel article dit en effet : « Les objets et valeurs sont inventoriés et prisés ; l'époux qui est en

⁽¹⁾ Planiol, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 695.

⁽²⁾ C. Paris, 2 mars 1886, S., 86. 2, 161.

possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ». Ce n'est plus nécessairement le mari qui les conserve, ce peut être la femme ou même un tiers. Et voilà d'un même coup un quatrième cas, où la nomination d'un séquestre est possible, à ajouter à ceux de l'article 1961 ». Contrairement aux résultats qu'en attendait M. Planiol, la loi de 1886 n'a pas fait cesser la controverse.

*
* * *

Une seconde opinion, qui a définitivement triomphé en jurisprudence, enseigne au contraire que si dans le cours d'une instance en divorce la femme peut, avec autorisation de justice, prendre des mesures conservatoires pour la garantie de ses droits, le pouvoir du juge ne peut aller jusqu'à dépouiller le mari de l'administration des biens de la communauté pour en investir un tiers. Une rapide étude des textes fera voir que cette doctrine, admise par une jurisprudence constante ⁽¹⁾, fait une plus juste application des principes juridiques : en effet, ces textes doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive, puisqu'ils constituent des dérogations au droit commun, en ce sens qu'ils dérogent aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté. Il ne nous est donc pas permis d'ajouter à la loi ⁽²⁾.

La femme se fondant sur l'article 270 ne peut pas demander le séquestre des biens de la communauté : ce séquestre aurait pour effet de priver le mari de l'administration des biens communs : or aucune loi n'autorise les tribunaux à prononcer cette espèce de déchéance. Sans doute, les mesures

(1) Un arrêt de la C. Paris, 7 janv. 1903, D., 1904. 2. 79, ne permet même pas au mari commun de renoncer à ses pouvoirs souverains d'administration. En ce sens C. Toulouse, 8 nov. 1907, *Gaz. du Pal.* du 19 nov. 1907.

(2) Laurent, III, n. 268.

prescrites par l'article 270 peuvent être inefficaces; mais il n'appartient pas à l'interprète de combler les lacunes de la loi en créant des exceptions ⁽¹⁾. Toutes ces mesures autorisées pour la conservation du mobilier ne dépouillent pas le mari de son administration; au contraire elles l'investissent à un titre nouveau, à titre de gardien judiciaire soumis, en cas de détournement, à l'application de l'article 440 du Code pénal. La cour de Paris confirmée par la Cour de cassation ⁽²⁾ dans un arrêt auquel nous empruntons le passage suivant, consacre formellement cette interprétation : « Considérant que » le mari ne saurait, en exécution des dispositions de l'article 270, être dessaisi de l'administration des biens de la » communauté, qu'aucune loi n'autorise à prononcer contre » lui, par cela seul que sa femme requiert l'apposition des » scellés et l'inventaire en vertu de l'article précité, cette » sorte de déchéance qui est absolument contraire aux principes juridiques sur lesquels l'autorité maritale repose... ».

Quant à l'argument tiré de l'article 1961, il n'est pas plus probant : Il serait difficile de trouver dans notre instance en divorce un cas d'application qui pût rentrer dans les trois hypothèses limitativement énumérées par cet article qui est ainsi conçu : « La justice peut ordonner le séquestre : 1° des » meubles saisis sur un débiteur ; 2° d'un immeuble ou d'une » chose mobilière, dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; 3° des choses » qu'un débiteur offre pour sa libération ». Le premier et le troisième paragraphes de cet article sont certainement hors de cause, il en est de même du deuxième, puisque la propriété ou la possession des biens de la communauté n'est en aucune façon l'objet du litige.

(1) Laurent, précité.

(2) Cass., 2 mars 1886, S., 86, 2. 61.

Enfin l'argument tiré des derniers mots de l'article 242 n'est pas plus convaincant. Pour en donner une réfutation complète il nous paraît indispensable de nous livrer à un rapide historique sur la situation légale des pouvoirs du mari comme chef de la communauté avant la loi de 1886, et de nous demander si cette même loi a ajouté quelque chose aux textes préexistants (270-271), ou si au contraire elle n'est pas venue consacrer l'application pure et simple de l'article 270, telle qu'elle était faite par la doctrine et la jurisprudence.

L'article 1388 du code civil est ainsi conçu : « Les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari » comme chef... » MM. Aubry et Rau ⁽¹⁾ placent en tête de leur paragraphe sur l'administration de la communauté cette maxime ancienne, « *le mari est seigneur et maître de la communauté* ». Grâce à la libre administration qu'il a comme chef, le mari, s'il n'est pas propriétaire exclusif de la communauté, peut cependant vendre, aliéner, hypothéquer les biens communs sans le concours de la femme (art. 1421). Les articles 1422 et suivants n'apportent que des restrictions pour les aliénations à titre gratuit. Contre la mauvaise administration du mari la femme n'a qu'une seule ressource, c'est de demander la séparation de biens. Telle est la situation légale du mari par rapport aux biens de la communauté, situation qui tient à la condition des époux, à la constitution de la famille et dont les règles sont considérées à ce point de vue comme d'ordre public ⁽²⁾.

Le législateur aurait-il apporté des atténuations à ce principe ? L'article 270 ancien était incomplet, il ne permettait pas à la femme de faire apposer les scellés sur ses propres biens dont la jouissance appartenait au mari. La loi de 1886,

(1) Aubry et Rau, V, § 509, p. 325.

(2) Guillouard, *Du contrat de mariage*, II, n. 695 et I, n. 116 et 117.

dans le nouvel article 242, est venue combler cette lacune ; elle permet aux deux époux, sur l'autorisation du juge, de recourir aux mesures conservatoires pour la garantie de leurs droits ⁽¹⁾. « Les scellés, ajoute cet article, sont levés à la requête de la partie la plus diligente ; les *objets et valeurs* sont inventoriés et prisés ; *l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement* ».

La loi ne parle que des objets mobiliers ; qu'ils soient dans les mains du mari ou dans celles de la femme, le tribunal, pour en assurer la conservation, peut en confier la garde à une personne autre que l'un des époux. Conclure de là qu'on a voulu toucher aux droits du mari comme chef de la communauté, c'est aller trop loin et ajouter à la loi. L'article 242 permet les mesures conservatoires dans la mesure la plus large, mais « il serait singulier, dit M. Féraud-Giraud ⁽²⁾, que, pour garantir la bonne administration du » mari, il fût permis de le substituer complètement de toutes » les parties de son administration.

» Le droit, pour le juge, de prescrire des mesures conservatoires pour assurer la bonne gestion d'objets susceptibles » d'être prisés et inventoriés dépendant de son administration peut-il consister à supprimer entièrement cette administration et n'implique-t-elle pas, au contraire, le maintien préalable d'une administration qu'il n'est permis que » de limiter, surveiller, réglementer ? »

« Autre chose, ajoute M. Massigli ⁽³⁾, est d'assurer la conservation de l'actif existant en la possession d'un adminis-

⁽¹⁾ Les mesures conservatoires permises par l'article 252 ne sont pas opposables aux tiers. Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, III, *Des personnes*, n. 222, p. 135.

⁽²⁾ Féraud-Giraud, note dans S., 90. 1. 255.

⁽³⁾ Massigli, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1890, p. 457.

» trateur, d'organiser des garanties contre des abus et des
» fraudes possibles; autre chose est d'écarter et de remplacer
» cet administrateur, surtout lorsqu'il a été institué par la
» loi avec les pouvoirs d'un maître ».

De plus, cet article ne se préoccupe que des meubles et l'article suivant, qui prévoit l'aliénation d'immeubles faite par le mari, implique bien que celui-ci conserve l'administration des immeubles. « N'est-ce pas là, poursuit M. Féraud-
» Giraud, l'affirmation la plus manifeste du droit du mari,
» chef de la communauté d'après l'article 1421, pouvant ven-
» dre, aliéner, hypothéquer les biens de la communauté sans
» le concours de sa femme ? Ce droit, il le conserve d'après
» l'article 243, même pendant l'instance en divorce, à la con-
» dition que son acte ne sera pas frauduleux ».

Du reste, si l'on consulte les débats qui eurent lieu au Sénat lors de la discussion de cet article 243, on verra qu'un amendement de MM. de Gavardie et Bozerian, tendant à y faire remplacer le mot de fraude par celui de préjudice sous prétexte qu'à partir de l'ordonnance permettant de citer la femme est absolument désarmée en face de son mari qui devient en quelque sorte omnipotent, échoua. Le rapporteur, M. Labiche, fit repousser cet amendement en alléguant qu'il aurait pour résultat de mettre le mari « *hors du droit com-
» mun et de lui interdire en fait pendant toute la durée de
» l'instance une infinité d'opérations qui sont absolument
» régulières et légales* » ⁽¹⁾.

Ces paroles démontrent bien que la pensée des législateurs n'a pas été de mettre le mari dans l'embarras pour la gestion de la communauté.

On ne peut donc conclure de ces textes que le mari a été

(1) Débats parlementaires rapportés dans Coulon, *op. cit.*, II, p. 324.

mis hors du droit commun. La loi de 1886 n'a pas tranché la controverse qui reste tout entière.

Cependant un jugement du tribunal de la Seine du 27 juin 1888 ⁽¹⁾, se basant sur les termes nouveaux introduits dans l'article 242, avait nommé un tiers administrateur judiciaire de la communauté légale existant entre les époux. La cour de Paris, par arrêt du 17 janvier 1889, a infirmé cette décision en autorisant le mari à reprendre l'entière administration des biens de la communauté. Sur le rapport de M. Féraud-Giraud, la Cour de cassation ⁽²⁾ a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Paris : « Attendu, dit la Cour de » cassation, que si d'après le nouvel article 242 dans le cours » de l'instance en divorce la femme peut, sur l'autorisation » du juge, prendre des mesures conservatoires pour la garan- » tie de ses droits, il résulte du texte de cet article ainsi que » de l'article suivant que, quelque étendus que soient les » pouvoirs du juge dans le choix de ces mesures, pour pré- » venir les abus que pourrait commettre le mari dans son » administration, ils ne peuvent aller jusqu'à l'en dépouiller » complètement pour en investir un tiers, qui serait ainsi » constitué gérant et administrateur de la communauté légale » à l'exclusion du mari... ». Nous avons reproduit ce considérant parce que cette décision semble avoir fait jurisprudence sur la question et dessine très nettement l'évolution qui ressort des décisions des tribunaux.

En effet, dans l'analyse des arrêts qui vont suivre nous verrons toujours le même souci du juge, qui veut de plus en plus étendre les garanties accordées à la femme, tout en affirmant en même temps son respect absolu pour les pou-

⁽¹⁾ Trib. Seine, 27 juin 1888. — Paris, 17 janv. 1889, S., 90. 1. 254.

⁽²⁾ Cass. req., 26 mars 1889, S., 90. 1. 254.

voirs du mari comme administrateur de la communauté ⁽¹⁾. C'est ainsi que la cour de Paris, dans un arrêt du 13 avril 1889 ⁽²⁾, décide que, si la saisie conservatoire et la nomination d'un gardien judiciaire sont des mesures autorisées dans l'intérêt de la femme par les articles 240 et 242 nouveaux du Code civil, ces dispositions législatives ne permettent point de dépouiller le mari de ses droits d'administrateur légal de la communauté.

Cette même Cour, par un arrêt du 30 octobre 1894 ⁽³⁾, n'admet pas que le mari, même sur les biens appartenant à la femme, soit dépouillé partiellement de l'administration qu'il tient de sa propre qualité.

De même encore, il a été décidé que les juges ne pouvaient autoriser la femme à continuer l'exploitation d'un fonds de communauté, ni lui permettre d'en encaisser le produit et d'en interdire l'entrée au mari ⁽⁴⁾.

Une jurisprudence plus récente, proclamant toujours comme déclaration de principe le respect absolu du droit d'administration du mari, accorde à la femme toutes les mesures conservatoires réclamées par elle dans la plus large limite possible. C'est ainsi qu'il a été décidé que les juges peuvent au cours de l'instance en divorce, pour assurer le service de la pension alimentaire allouée à la femme pendant la durée de l'instance, autoriser la femme à administrer un immeuble qui lui est propre, à le louer et à en toucher les

⁽¹⁾ Les mesures conservatoires que le juge des référés peut, suivant l'article 242, autoriser au cours de l'instance pour la garantie des droits des époux ne sont pas limitées à l'apposition des scellés et à la confection d'un inventaire. Cass. req., 28 juin 1899, D., 99. 1. 447.

⁽²⁾ C. Paris, 13 avril 1889, S., 91. 2. 27.

⁽³⁾ C. Paris, 30 octobre 1894, S., 96. 2. 92. — C. Riom, 21 décembre 1891, S., 92. 2. 4.

⁽⁴⁾ C. Paris, 17 fév. 1897, S., 98. 2. 295.

loyers sur sa simple quittance ⁽¹⁾; que les juges peuvent nommer un administrateur séquestre, chargé de gérer activement et passivement les biens de la femme et de lui verser sur les fonds provenant desdits biens le montant de la pension alimentaire allouée à la femme pendant la durée de l'instance ⁽²⁾; de même encore, en cas d'urgence pour empêcher le mari de faire disparaître avant la fin de la liquidation l'actif de la communauté désormais dissoute, le juge des référés peut ordonner au mari de déposer à titre provisoire à la Caisse des dépôts et consignations constituée séquestre les titres inventoriés non vendus, ainsi que les fonds des titres réalisés; qu'il est loisible aux juges de nommer un tiers autre que le mari séquestre ou gardien judiciaire de sommes dépendant de la communauté, alors surtout que le mari a dans des conditions suspectes réalisé ces valeurs inventoriées ⁽³⁾.

Enfin, toujours dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1899 ⁽⁴⁾ a jugé que spécialement il appartient au juge des référés d'ordonner, sur la demande de la femme, que les titres, papiers, valeurs décrits dans un inventaire seront confiés au notaire pour être par lui transportés et gardés en son étude, afin de procéder à leur analyse complète sauf restitution ultérieure de ces pièces au mari; une telle mesure ne porte aucune atteinte au droit du mari comme chef de la communauté. Quelques cours d'appel n'ont pas hésité, l'une ⁽⁵⁾ à nommer un séquestre, auquel seront confiées les valeurs mobilières de la communauté; l'autre ⁽⁶⁾ un

⁽¹⁾ C. Bordeaux, 4 fév. 1897, S., 99. 2. 134.

⁽²⁾ C. Paris, 28 mars 1901, S., 1902. 2. 231.

⁽³⁾ Cass. civ., 10 juin 1898, S., 99. 1. 20, en matière de séparation de corps.

⁽⁴⁾ Cass. req., 28 juin 1899, S., 1900. 1. 37, en matière de séparation de corps.

⁽⁵⁾ C. Nancy, 13 juill. 1895, D., 96. 2. 121, en matière de séparation de corps.

⁽⁶⁾ C. Riom, 25 nov. 1903, *Journ. du not.*, 1906, p. 196.

séquestre chargé d'administrer les biens propres de la femme, s'il est justifié des actes de dilapidation et de la mauvaise gestion du mari ou de sa situation obérée.

Une ordonnance en date du 5 janvier 1901 allait plus loin encore : elle nommait un « administrateur séquestre du fonds de commerce exploité par le mari et de ses dépendances et de l'actif de la communauté existant entre les époux, avec mission de les gérer tant activement que passivement et avec pouvoir de rechercher l'actif partout où il se trouvera, requérir en tant que de besoin les opérations de levée des scellés et d'inventaire, prendre toutes mesures conservatoires, toucher toutes sommes pouvant être dues, recevoir les loyers des maisons, en donner quittance et en un mot tout ce qui sera utile et nécessaire ».

Cette ordonnance fut jugée excessive par la cour de Paris⁽¹⁾ qui la cassa avec juste raison.

Certes nous voilà loin du respect absolu des droits d'administration du mari ! Cependant nous approuvons pleinement la tendance marquée de la jurisprudence qui ouvre à la femme les mesures conservatoires les plus étendues lorsque ses intérêts pécuniaires sont en péril⁽²⁾. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 4 mars 1896⁽³⁾ a permis à la femme de faire vendre un fonds de commerce, même dépendant de la communauté, lorsqu'il est démontré que par sa négligence le mari le laisse périlcliter au point d'en compromettre l'existence par sa mauvaise gestion ; qu'un arrêt de la même cour du 7 novembre 1885⁽⁴⁾ prescrivait la communication des

(1) C. Paris, 28 mars 1901, *Gaz. Trib.*, 8 nov. 1901.

(2) Les mesures provisoires (art. 238 et 240) sont essentiellement révocables ou sujettes à révision. Cass. req., 7 janv. 1901, D., 01. 1. 32. — C. Grenoble, 30 juill. 1901, D., 1903. 2. 61.

(3) C. Paris, 4 mars 1896, *Gaz. Trib.*, 23 sept. 1896.

(4) C. Paris, 7 nov. 1885, *Le Droit*, 4 mai 1886.

inventaires annuels et des registres de la société dont le mari faisait partie; qu'un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1889 ⁽¹⁾ a permis à la femme de demander le versement de certains deniers communs à la caisse des dépôts et consignations; enfin qu'un arrêt de la cour de Paris du 13 avril 1889 ⁽²⁾ a autorisé la femme à pratiquer des saisies-arrêts pour la garantie de ses droits entre les mains des détenteurs sur des titres et valeurs dépendant de la communauté ou appartenant au mari.

*
* *

En résumé, la solution à donner à ce problème délicat variera selon qu'il s'agira des biens du mari, des propres de la femme ou des biens communs.

Pour les biens du mari, il est évident qu'on ne saurait le dépouiller de l'administration de son patrimoine.

Lorsqu'il s'agit des propres de la femme, il est permis de se montrer plus large; il faut laisser aux tribunaux la faculté d'attribuer soit à un tiers, soit à la femme elle-même à titre conservatoire l'administration de l'un de ses propres ⁽³⁾.

S'agit-il enfin des biens de la communauté, la question devient plus embarrassante. Nous pensons qu'il est possible, sans violer l'esprit de la loi et sans aller jusqu'à permettre aux tribunaux de nommer un administrateur de la communauté légale en remplacement du mari, d'admettre que les juges, dans certains cas spéciaux où l'intérêt de la femme l'exige, peuvent ordonner telles mesures nécessaires pour la sauvegarde de ses droits, dussent-elles porter atteinte aux droits d'administration du mari, mais sur une partie des biens

⁽¹⁾ Cass. req., 16 déc. 1889, S., 90. 1. 481.

⁽²⁾ C. Paris, 13 avril 1889, D., 92. 2. 552.

⁽³⁾ C. Bordeaux, 4 fév. 1897; C. Paris, 28 mars 1901.

de la communauté seulement. C'est ce qui a été décidé par un arrêt récent de la cour de Paris du 5 juin 1901 ⁽¹⁾ : il accordait à la femme, pendant l'instance en séparation de corps, l'administration d'un fonds de commerce dépendant de la communauté : « Considérant qu'il résultait des circonstances de la cause que le fonds de commerce de linge confectionné dans l'espèce avait été créé par la femme antérieurement à son mariage ; que son extension était due à son intelligence et à son activité, qu'elle l'avait toujours personnellement géré ; que le mari, au contraire, ne paraissait posséder ni les connaissances spéciales, ni les habitudes d'ordre et de travail nécessaires à une exploitation dans laquelle il n'avait joué qu'un rôle secondaire... ».

Cette solution marque l'achèvement de cette évolution qui se recommande par son utilité pratique ⁽²⁾.

(1) C. Paris, 5 juin 1901, *Gaz. des Trib.*, 8 nov. 1901.

(2) Le mari nommé administrateur séquestre ne peut pas réclamer de salaire. C. Paris, 8 avril 1869, S., 69. 2. 205. Quant aux intérêts, il n'y a pas de prescription possible pour lui jusqu'à la liquidation à quelque époque qu'elle ait lieu. Il ne peut invoquer ni la prescription de 5 ans, ni celle de 30 ans. Cass. civ., 20 juillet 1858, S., 58. 1. 748.

DEUXIÈME PARTIE

Liquidation proprement dite.

CHAPITRE PREMIER

DE LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX ENTRE EUX

SECTION PREMIÈRE

Sous l'empire du Code civil et de la loi de 1884, on appliquait au divorce les règles ordinaires des actes juridiques. Ses effets se produisaient au jour de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ; ce système très simple avait l'avantage de ne laisser subsister aucune équivoque. En 1886, le législateur, sous l'influence des besoins de la pratique, jugea utile de faire rétroagir le jugement de divorce à certains égards seulement dans le but de protéger la femme contre la toute puissance du mari, chef de la communauté. Il décida, en effet, que désormais la communauté serait dissoute non pas au jour de la transcription du jugement de divorce mais *dès le jour de la demande*.

Il est regrettable que l'innovation capitale de la loi du

18 avril 1886 nous ait été donnée dans une formule aussi vague : « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à » ses effets entre époux, au jour de la demande » (art. 252 *in fine*).

La généralité des termes employés semble attribuer au divorce une rétroactivité absolue quant à ses effets. Ici encore fort heureusement la jurisprudence est venue suppléer au silence du texte.

Ce chapitre comprendra deux paragraphes : le premier sera consacré à la justification de l'art. 252, le second à son champ d'application.

§ I. *Comment justifier l'article 252?*

La principale raison d'être de cette importante innovation nous est fournie dans les travaux préparatoires par M. Labiche ⁽¹⁾, rapporteur de la loi au Sénat : « Comment se justifie cette innovation ? Elle a pour objet *d'enlever aux époux* » *la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté*, en avançant ou en retardant, suivant » certaines combinaisons, le moment où la décision des juges » sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui ». Elle s'explique par des considérations d'ordre pratique, la loi a voulu priver le mari des moyens de ruiner la communauté pendant la durée de l'instance.

Au point de vue juridique, deux opinions sont en présence : un premier système voit dans la rétroactivité édictée par l'article 252 l'application d'un principe de droit commun. Les partisans de cette première opinion invoquent le prin-

(1) Séance du 24 déc. 1885, *J. off.*, p. 1368.

cipe que tout jugement remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Les jugements sont déclaratifs de droits antérieurs, c'est-à-dire que le demandeur, s'il triomphe, doit être placé dans l'état où il se serait trouvé si le jugement avait été obtenu immédiatement. Cette rétroactivité est donc la peine de la résistance injuste que le défendeur oppose au demandeur. A l'appui de leur système ils invoquent encore l'article 1445 *in fine* du Code civil : « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, » au jour de la demande » ; et, par analogie, une jurisprudence constante qui, en l'absence de texte ⁽¹⁾, décide que le jugement qui prononce la séparation de corps produit, dans les rapports des époux entre eux, un effet rétroactif qui remonte au jour de la demande ⁽²⁾.

* * *

Dans un deuxième système, qui nous paraît préférable, on décide que la disposition de l'article 252 *in fine* constitue une dérogation aux principes généraux du droit. Par suite, elle doit être l'objet d'une interprétation restrictive : nous limiterons donc son champ d'application aux cas strictement visés par le législateur. Il est certain que cette rétroactivité n'existe pas vis-à-vis des tiers ; cette solution est facile à justifier : les tiers ignorent en fait l'instance en divorce et continuent à contracter avec les époux. Il eût été inique de

(¹) MM. Aubry et Rau, V, § 494, p. 203, note 18, admet la rétroactivité de la séparation de corps. Il assimile la séparation de biens accessoire à la séparation de biens principale (art. 311 et 1445, al. 2). — *Contra* : Colmet de Santerre, VI, 94 bis, p. 240 ; Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc.*, II, § 257, p. 262 ; Demolombe, *Traité du contr. de mar. et de la sép. de corps*, II, n. 514, p. 610 ; Duranton, II, n. 622 ; Marcadé, sur l'art. 311, IV ; Rodière et Pont, III, n. 2179 ; Guillouard, III, n. 1174 ; Huc, IX, n. 271 ; Laurent, XXII, n. 338.

(²) Cass. civ., 12 mai 1869, S., 69. 1. 301.

considérer le contrat de mariage comme ayant cessé d'exister à leur égard dès le jour de la demande.

L'article 252 constitue une dérogation, une exception, avons-nous dit, en ce sens qu'il fait rétroagir les effets d'un jugement attributif de droits créant un état de choses nouveau, alors qu'il est de règle que cette rétroactivité ne s'applique qu'aux jugements déclaratifs d'un état de choses préexistant : or, le jugement de divorce est créateur d'un état de choses nouveau, qui ne peut naître que le jour du prononcé du divorce. De plus, la demande en divorce n'étant pas susceptible d'acquiescement, on ne peut pas punir le défendeur de sa résistance !

Quant à l'argument tiré de l'article 1445, il n'est pas plus probant. La rétroactivité édictée dans cet article est aussi quelque chose d'exceptionnel ⁽¹⁾, car les motifs qui justifient la rétroactivité des jugements en général demanderaient, au contraire, que le jugement de séparation n'eût point d'effet rétroactif. C'est l'intérêt de la femme qui est la cause de cette exception. La loi a voulu que pendant l'instance la ruine de la dot de la femme ne fût pas consommée par le mari.

Certes, la rétroactivité du jugement de séparation de corps, telle qu'elle est établie par la jurisprudence, présente avec la rétroactivité du divorce une frappante analogie ; mais peut-on tirer argument de cette rétroactivité qui, au point de vue juridique, voit son existence faire l'objet de la plus vive controverse ? On raisonne ainsi : L'article 311 du Code civil dit que la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens ; or la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Comme l'article 1445, alinéa 2, ne distingue pas entre la séparation de biens principale et la

⁽¹⁾ Polhier, *Communauté*, n. 521 ; Laurent, XXII, n. 337 ; Colmet de Santerre, VI, p. 243, n. 94 bis.

séparation de biens accessoire de la séparation de corps, il faut décider que le jugement de la séparation de corps remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. Les motifs de cette rétroactivité sont les mêmes dans les deux cas ⁽¹⁾.

Il faut repousser ce raisonnement par analogie, car si le jugement en séparation de biens rétroagit, c'est en vue de garantir la dot, tandis qu'au contraire le jugement en séparation de corps n'est pas prononcé à raison des intérêts pécuniaires des époux; tel n'est pas son but. Il était inutile de faire rétroagir la séparation de biens qui en résulte. La séparation de biens principale rétroagit *erga omnes* parce que sa demande est publiée; la demande en séparation de corps n'étant pas publiée, la loi a dû restreindre l'effet rétroactif dans les rapports des époux entre eux. On ne peut donc pas invoquer l'article 1443, alinéa 2, qui établit le principe de la rétroactivité sans aucune restriction et à l'égard de tous ⁽²⁾.

Puisque cette rétroactivité ne repose sur aucun fondement juridique, on doit nécessairement décider qu'elle est quelque chose d'anormal, d'exceptionnel, créé par la jurisprudence sous les besoins des nécessités pratiques. En effet, la demande en séparation de corps produit une division immédiate des intérêts pécuniaires des époux, le régime matrimonial établi en vue de la vie commune ne saurait plus longtemps lui survivre. L'état d'hostilité, ainsi créé entre les époux, a forcé le juge à assurer une garantie efficace à la femme contre les dissipations malveillantes ou frauduleuses du mari; il a décrété l'effet rétroactif de la séparation de corps dans les rapports respectifs des époux. Cette rétroactivité n'a pas lieu à l'égard

(1) Aubry et Rau, V, § 494, p. 203, note 18.

(2) Colmet de Santerre, Garsonnet, Demolombe, Guillouard, Huc, Rodière et Pont, Laurent, Duranton, Marcadé, précités.

des tiers parce qu'ils n'ont pas été avertis de la demande et parce qu'ils ne doivent pas être intéressés dans ce débat d'ordre intime. Cette jurisprudence est donc née des besoins de la pratique; elle n'est pas l'application pure et simple du droit commun.

Les travaux préparatoires de la loi de 1886 apportent un argument de plus en faveur de la solution que nous défendons. Si, en effet, on consulte le *Journal officiel* sur les débats qui se sont déroulés au Sénat, on constate que notre texte ne fut introduit pour la première fois que par la commission du Sénat en deuxième délibération ⁽¹⁾. Cette modification donna lieu à des critiques; M. de Gavardie trouva que cette disposition était inutile, puisque, disait-il, il était de principe incontestable et incontesté que l'effet d'un jugement remonte au jour de la demande. M. Labiche, rapporteur, rectifia cette erreur et démontra que cette rétroactivité était quelque chose de nouveau, d'exceptionnel, « parce que les jugements qui » prononcent la séparation de corps ou le divorce ne sont pas, » comme ceux qui prononcent la séparation de biens, déclara-tifs de droits antérieurs mais constitutifs d'un état nouveau. Ainsi jusqu'à présent, quoi qu'en dise notre honorable » collègue, les jugements en divorce ou en séparation de » corps n'ont jamais produit d'effets, même entre époux, » que le jour du prononcé de l'arrêt ou du jugement. La disposition que nous vous proposons ne maintient donc pas, » comme le suppose M. de Gavardie, le régime actuel, mais » elle constitue une innovation ».

Tel est donc l'esprit de la loi, exprimé dans des termes précis par le rapporteur de la commission, l'effet rétroactif de l'article 252 est quelque chose d'exceptionnel. Était-ce

(1) Séance du 24 déc. 1885, *J. off.*, Sénat, 1885, *Déb. parl.*, p. 1368.

réellement une innovation ? Nous ne le pensons pas. M. Labiche semble ignorer la jurisprudence dès lors établie quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux sur la rétroactivité partielle de la séparation de biens accessoire de la séparation de corps. M. Labbé ⁽¹⁾, dans une note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 18 avril 1898, a fait l'historique de cette jurisprudence et a démontré que le législateur de 1886 n'avait fait que consacrer la théorie admise par cette dernière.

* * *

La jurisprudence a passé par deux phases tout à fait différentes ; dans la première, qui va jusqu'en 1869, elle voyait dans l'article 1443 al. 2 l'application d'une règle de droit commun et non pas une disposition exceptionnelle. En conséquence, elle appliquait tant à l'égard des tiers qu'aux époux l'effet rétroactif à la séparation de biens résultant de la séparation de corps ⁽²⁾. L'arrêt de la cour de Paris du 27 décembre 1860 était ainsi conçu : « Attendu qu'aux termes de l'article 1443, les effets de la séparation de biens remontent au jour de la demande, sans distinguer si la séparation de biens est prononcée seule ou comme accessoire de la séparation de corps, dont la demande comporte de plein droit demande en séparation de biens. Attendu qu'en principe l'effet rétroactif de l'article 1443 est opposable non seulement au mari, mais encore aux tiers... attendu que si l'effet rétroactif de l'article 1443 s'applique sans distinction aux tiers aussi bien qu'au mari, quand il s'agit d'une séparation de biens prononcée seule, il n'y a aucun

(1) Note Labbé sous Cass. req., 18 avril 1898, S., 99. 1. 6.

(2) Cour de Paris, 18 juin 1855, S., 56. 2. 170, en matière de séparation de corps.
— Cour de Paris, 27 déc. 1860, S., 61. 2. 264, 2^e espèce, en matière de séparation de corps.

» motif juridique pour admettre cette distinction quand la
» séparation de biens est prononcée par suite d'une sépara-
» tion de corps; — que l'article 1445 comprend l'une et
» l'autre dans la généralité de sa disposition... »

Cette jurisprudence trop soucieuse de l'intérêt des époux sacrifiait durement les droits non moins respectables des tiers; par suite du défaut de publicité de la demande en séparation de corps, il pouvait en résulter les plus graves inconvénients pour les tiers non avertis. Aussi la Cour de cassation, se fondant sur des considérations d'équité, créa de sa propre autorité un système mixte; elle restreignit aux rapports des époux entre eux l'effet rétroactif du jugement de séparation de corps. Les droits des époux étaient sauvegardés et on respectait les droits des tiers.

Déjà la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 mars 1855 ⁽¹⁾, tout en admettant que la disposition de l'article 1445 était générale et absolue, avait fait une réserve dans l'intérêt des tiers à raison de la publicité exigée pour la demande en séparation de biens. Puis, dans un arrêt du 12 mai 1869 ⁽²⁾, qui a fait jurisprudence, la Cour de cassation tranche franchement la question : « Attendu que, si les jugements étant
» déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent,
» leurs effets remontent à l'égard des parties en cause au
» jour de la demande, et si, par conséquent, la dissolution
» de communauté produite par la séparation de corps
» remonte, quant au mari, au jour où, par une demande en
» séparation de corps, la femme a manifesté l'intention de
» mettre fin à l'association conjugale, il en est autrement à
» l'égard des tiers, qui, n'ayant été avertis par aucune for-
» malité légale de la demande qui a touché le mari, sont

⁽¹⁾ Cass. req., 20 mars 1855, S., 55, 1. 404. Critique et note de M. Devilleneuve.

⁽²⁾ Cass. civ., 12 mai 1869, S., 69, 1. 302.

» restés étrangers à l'instance qui en a été la suite et aux-
» quels, par conséquent, cette instance ne peut être opposée
» — d'où il suit qu'à leur égard la séparation de biens n'a
» d'effet que du jour du jugement de séparation de corps ; —
» attendu qu'il n'y a aucune induction contraire à tirer de
» l'article 1445 C. civ. ; que, si cet article dispose que le
» jugement de séparation de biens remonte, pour ses effets,
» au jour de la demande, cette disposition, qui regarde moins
» le mari, pour lequel elle était inutile, que les tiers, n'est que
» le corollaire des dispositions qui prescrivent dans l'intérêt
» des tiers l'accomplissement des formalités destinées à
» assurer la publicité des demandes en séparation de biens,
» et qu'il est, par suite, inapplicable à la séparation de corps,
» qui n'est assujettie à aucune publicité légale » (1).

*
* * *

Telle est la jurisprudence que le législateur de 1886 a prise pour base comme étant un complément de la loi, une explication autorisée du code (2), il a cru bien faire en l'étendant au divorce. Quoi qu'il en soit et malgré les déclarations contraires du rapporteur, il est certain que l'amendement qui est devenu l'article 252 *in fine* n'est que la consécration législative de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de séparation de biens résultant de la séparation de corps ; un doute cependant aurait pu naître de ce que l'article 307, qui rend applicables à la séparation de corps un certain nombre de textes écrits pour le divorce, laisse de côté l'article 252.

(1) Dans le même sens Cass. civ., 5 août 1868, D., 68. 1. 407. — C. Paris, 8 avril 1869, S., 69. 2. 205. — C. Limoges, 21 déc. 1869, S., 70. 2. 17. — Cass. civ., 13 mars 1872, S., 72. 1. 75. — Cass. civ., 18 juin 1877, S., 77. 1. 406. — C. Lyon, 16 juill. 1881, S., 82. 2. 327. — C. Paris, 12 janv. 1882, S., 82. 2. 115. — Cass. req., 20 mars 1885, S., 85. 1. 407.

(2) Note Labbé, précité.

La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection et a, au contraire, toujours considéré la loi de 1886 comme la consécration de son œuvre.

En résumé, il n'est pas possible de se fonder sur l'effet rétroactif de la séparation de corps pour soutenir que l'effet rétroactif du divorce est l'effet ordinaire de tout jugement, une application pure et simple du droit commun; la jurisprudence de la Cour de cassation repousse l'article 1445, nous l'avons vu plus haut; elle n'essaie pas, du reste, de justifier sa solution par un texte législatif. C'est dans un but d'équité qu'elle a consacré une exception aussi considérable aux principes généraux du droit pour sauvegarder les intérêts pécuniaires des époux; or, l'article 252 *in fine*, qui a son origine dans cette exception, ne peut être qu'une disposition d'un caractère exceptionnel; comme toute exception, cet article vise un but spécial, il ne recevra d'application que dans la mesure où il tend à la réalisation de ce but. Puisque le législateur n'a eu en vue que les intérêts pécuniaires des époux, il s'ensuit donc que cet article est inapplicable aux autres effets du divorce.

§ II. *Champ d'application de l'article 252.*

L'article 252 n'a d'application qu'en ce qui concerne les rapports pécuniaires des époux, tout le monde est d'accord sur ce point ⁽¹⁾.

Mais la généralité des termes employés semblent laisser supposer que l'effet rétroactif s'étend à tous les rapports pécuniaires entre époux; de même encore, les formules employées au cours des débats par le rapporteur de la loi, où il

(1) Cass. civ., 7 janv. 1890, D., 91. 2. 266. — Cass. req., 18 avril 1893, D., 94. 1. 67, rapport de M. le conseiller Denis. — C. Paris, 13 déc. 1895, D., 96. 2. 48.

est dit tantôt que l'innovation se restreint aux intérêts pécuniaires des époux, tantôt que c'est la dissolution du régime matrimonial qui remonte au jour de la demande ⁽¹⁾, ne sont guère plus explicites.

Ici nous devons plus de précision; il s'agit en effet de savoir si cette rétroactivité s'applique à l'ensemble de ces rapports pécuniaires ou seulement à quelques-uns d'entre eux; car il y a des droits pécuniaires qui dérivent de l'état d'époux et qui s'y rattachent : or comme la rétroactivité n'atteint pas l'état d'époux, elle ne peut pas naturellement atteindre les droits qui s'y rattachent eussent-ils un caractère pécuniaire!

Il résulte des explications que nous avons fournies au paragraphe précédent, que l'article 252 revêt un caractère exceptionnel; nous devons restreindre l'application de cette exception aux limites mêmes fixées par le but qu'elle vise : or la disposition de l'article 252 n'a été édictée que dans le dessein d'empêcher le mari de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance, c'est donc qu'elle ne concerne que les biens sans apporter aucune modification aux droits et aux devoirs résultant de l'état d'époux ⁽²⁾.

La loi elle-même nous offre dans l'article 313 du Code civil la preuve formelle que cette rétroactivité n'intéresse pas les rapports personnels des époux : l'article 313 modifié par la loi du 16 avril 1886 décide que le mari qui veut désavouer un enfant conçu pendant l'instance en divorce doit employer les règles rigoureuses de l'action en désaveu, cependant il en facilite l'exercice. Or cette action en désaveu n'est employée que pour combattre la présomption *pater is*

(1) Dramard, *Jurispr. du divorce*, juin 1888, p. 181.

(2) Note de M. Planiol, sous Paris, 24 mars 1903, D., 05. 2. 1.

est quem nuptiæ demonstrant, c'est donc que le mariage subsiste toujours.

Enfin il suffirait de rappeler l'origine de l'article 252 pour dissiper le dernier doute. Nous avons démontré que cet article n'est que la consécration législative de l'œuvre de la jurisprudence sur l'effet rétroactif de la séparation de biens accessoire de la séparation de corps. Cette jurisprudence distinguait parmi les effets de la séparation de corps, d'une part, le relâchement du lien conjugal, et d'autre part, la dissolution du régime matrimonial adopté par les époux et son remplacement par la séparation de biens; elle assignait à chacune de ces catégories d'effets un point de départ différent : le jour de la demande, en ce qui concerne le remplacement du régime matrimonial, le jour du jugement, en ce qui concerne les rapports personnels des époux ⁽¹⁾.

Telle est la jurisprudence qui a servi de base à l'article 252; en ce qui concerne le divorce, le régime matrimonial, au lieu d'être remplacé par la séparation de biens, est définitivement dissous; quant aux effets relatifs à l'état des personnes, le lien conjugal, au lieu d'être simplement relâché, se trouve entièrement rompu.

Le lien conjugal subsiste jusqu'à la transcription régulière du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, et avec lui subsistent toutes les obligations et les droits qui sont attachés à la qualité d'époux. Certains droits ayant même un caractère pécuniaire, par exemple le droit pour la femme d'obtenir pendant l'instance une pension alimentaire, ne peuvent pas se régler dès le jour de la demande, puisqu'ils ne prennent naissance qu'à partir de ce même jour. C'est donc que la formule *rapports pécuniaires des époux*,

(1) Cass. crim., 17 août 1883, D., 87. 1. 47. — Aubry et Rau, V, § 494, n. 3, p. 202.

généralement admise par les auteurs, est encore trop étendue; nous devons donc nous demander ce qu'il faut entendre exactement par ces mots *intérêts pécuniaires des époux*.

On ne peut pas s'arrêter aux termes employés dans l'article 252, il est certain qu'ici le législateur a dit plus qu'il ne voulait dire, que le texte a dépassé sa pensée. Bien que ce ne soit pas la règle généralement suivie en matière d'interprétation, il faut décider que dans ce cas exceptionnel la lettre doit céder à l'esprit ⁽¹⁾.

Pour donner à ce texte une portée générale, il faudrait ne pas tenir compte des explications fournies au cours des débats par le rapporteur de la loi, qui de plus était le porte-parole de la Commission : « Cette innovation, disait M. Labiche ⁽²⁾, a pour objet d'enlever aux époux la faculté de » modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant suivant certaines » combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive et où par conséquent elle produit seulement effet » aujourd'hui ». M. Planiol ⁽³⁾ en tire cette conclusion : « C'est seulement la dissolution de la communauté qui est » reportée au jour de la demande; la rétroactivité n'atteint » donc pas le régime matrimonial quel qu'il soit, elle n'a de » raison d'être que pour la communauté ». Nous repoussons, d'accord sur ce point avec la plupart des auteurs, cette interprétation trop étroite; le législateur n'a prévu que le régime du droit commun, le cas le plus général. Les raisons de décider ainsi sont les mêmes sous tous les autres régimes ⁽⁴⁾.

(1) Laurent, I, n. 273, p. 348.

(2) Labiche, précité.

(3) Planiol, 2^e édit., III, p. 202, 4^e édit., p. 142 et s.

(4) Pour le régime de séparation de biens cette règle sera d'une application bien restreinte, puisque la femme conserve sous ce régime l'administration et la jouissance de ses biens : cependant la part contributive aux charges du ménage,

Nous devons limiter le champ d'application de la rétroactivité édictée par l'article 252 au règlement des rapports créés par le régime matrimonial des époux, c'est en effet dans ces strictes limites que sa justification est possible. On peut citer de nombreux auteurs en ce sens.

M. Carpentier ⁽¹⁾ s'exprime ainsi : « Il est bien évident que, même en ce qui concerne les époux, la rétroactivité se bornera au règlement de leurs intérêts pécuniaires ».

De même M. Dramard ⁽²⁾ : « L'innovation se restreint aux intérêts pécuniaires des époux » et plus loin, il précise davantage : « la rétroactivité du jugement de divorce doit être limitée aux rapports créés par le régime matrimonial ».

MM. Vraye et Gode ⁽³⁾, dans une distinction assez subtile mais trop vague entre le fait et le droit, ont essayé de donner une explication de l'article 252 : « Malgré les termes de » l'article 252, disent-ils, les effets du divorce quant à la » sonne des époux ne se produiront en fait, d'une manière » réelle, qu'après la transcription... La rupture du lien con- » jugal rétroagira par l'effet de la fiction de l'article 252 au » jour de la demande : mais en fait, *la rétroactivité ne s'appli-* » *quera qu'aux relations d'intérêts des époux entre eux...* » C'est surtout en ce qui concerne les biens que cet article » fait remonter le divorce au jour de la demande ». Cette

fixée par le contrat de mariage, cesse de s'appliquer au jour de la demande. Si les époux sont mariés sous le régime sans communauté ou régime dotal, la rétroactivité ne sera pas non plus sans objet. La femme pourra en effet réclamer au mari la restitution des fruits perçus par lui sur ses immeubles depuis la demande et les intérêts de la dot mobilière courus depuis la même date.

Concluons donc que quel que soit le régime adopté, les époux devront reporter au jour de la demande la liquidation de leurs droits.

(¹) Carpentier, *Tr. théor. et prat. du divorce*, 2^e partie, p. 185 ; dans le même sens, Curet, *Code du divorce*, n. 209.

(²) Dramard, *Jurispr. du divorce*, juin 1888, p. 181.

(³) Vraye et Gode, *op. cit.*, 2^e édit., 2^e partie, p. 101.

distinction entre le fait et le droit renferme cependant une part de vérité, le mariage n'est dissout que par la transcription : tant qu'il dure, les conjoints conservent leur qualité d'époux avec tous les droits et obligations qui y sont attachés ; mais en disant qu'en fait la rétroactivité ne se conçoit que par rapport aux intérêts pécuniaires des époux, MM. Vraye et Gode évitent ainsi la difficulté d'une explication juridique.

Ainsi nous devons limiter la rétroactivité de l'article 252 aux intérêts pécuniaires des époux, ce qui est trop large encore, mais seulement aux *intérêts pécuniaires résultant des conventions matrimoniales*. Nous ne pouvons mieux faire, pour résumer notre démonstration, que de rapporter les propres termes de M. Massigli ⁽¹⁾ : « La rétroactivité n'a de » portée que dans la mesure où la jurisprudence de la Cour » de cassation, sous l'influence des besoins de la pratique et » pour protéger chacun des époux contre des calculs d'inté- » rêts faciles à concevoir dans leur état d'hostilité, admet » depuis longtemps déjà une rétroactivité des effets de la » séparation de corps ; *elle se restreint aux rapports pécuniaires créés entre les époux par leurs conventions matrimoniales* » ; ou, en d'autres termes encore : « De même que le jugement en séparation de corps, qui ne rétroagit pas, a pour corollaire la séparation de biens, qui rétroagit, de même le jugement de divorce dissout le mariage *ex nunc* sans rétroactivité ; mais il dissout rétroactivement *ex tunc* la communauté ou plus généralement le régime matrimonial adopté par les époux » ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Massigli, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 454.

⁽²⁾ Paul Pic, *Jurispr. du div.*, fév. 1887, p. 34. Dans une note (D., 05. 1. 217), il restreint l'effet rétroactif de l'article 252 à la liquidation des intérêts pécuniaires des époux.

Le champ d'application de l'article 252 *in fine* étant ainsi nettement délimité, il ne nous reste plus qu'à procéder à la liquidation de la communauté, telle qu'elle se comportait au jour de la demande ⁽¹⁾.

SECTION II

DES REPRISES EN NATURE. — DES PROPRES

Avant d'arriver au partage on doit procéder à deux opérations préliminaires : le prélèvement des propres par chaque époux et le règlement des récompenses dues par les époux à la communauté ou aux époux par la communauté.

Pour établir l'actif net partageable nous devons éliminer de la masse confuse des biens existants au jour de la dissolution les biens propres de chaque époux, c'est-à-dire les biens dont ils avaient conservé la propriété et dont la communauté avait seulement la jouissance. Ce prélèvement des propres, qui précède toute liquidation, a lieu sans avoir à distinguer entre l'époux coupable et l'époux innocent, et quel que soit le parti que la femme ait pris au sujet de la communauté, qu'elle l'ait acceptée ou qu'elle y ait renoncé.

Cette opération s'appelle en pratique *la reprise en nature*

(1) La liquidation peut-elle avoir lieu immédiatement, avant même qu'un jugement soit venu apporter une solution définitive à l'instance? Ce serait faire une fausse application de l'effet rétroactif de l'article 252. En effet, la rétroactivité relative attribuée au divorce n'est qu'un moyen d'empêcher le mari d'abuser de ses pouvoirs au détriment de la femme; son effet doit donc être limité par le motif de son institution et il faut dire que, même entre époux, la rétroactivité du divorce n'a lieu que dans l'intérêt de la femme. Permettre une liquidation anticipée, c'est permettre au mari d'abuser de sa situation. Du reste, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne serait pas respectée et l'intérêt des tiers serait trop souvent sacrifié par le concours frauduleux des époux pressés d'en finir. En ce sens : C. Paris, 24 mars 1903, D., 1905. 2. 1, note Planiol. — Cass. req., 6 avril 1903, D., 1903. 1. 301.

par opposition aux reprises en deniers qui seules, à proprement parler, constituent de véritables reprises.

*
* * *

« La première opération, disent MM. Baudry-Lacantinerie, » Le Courtois et Surville ⁽¹⁾, nous paraît être l'exercice du » droit primordial et parallèle en quelque sorte pour chaque » époux de reprendre ou revendiquer ses biens propres par- » faits ». C'est ce qui résulte de l'article 1470 al. 1 du Code civil : « Sur la masse des biens, chaque époux prélève ses » biens personnels, qui ne sont pas entrés en communauté » s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en rem- » ploi... »

Ce sont les articles 1402 al. 2, 1404, 1407 et 1408 qui régissent la composition du patrimoine propre de chaque époux : restent propres non seulement les immeubles que les époux possédaient au jour du mariage, mais encore ceux sur lesquels la propriété des époux existait au moins en germe avant le mariage, les immeubles acquis pendant le mariage soit à titre lucratif, soit en échange des immeubles propres aux époux, soit en remploi du prix de vente d'immeubles propres ; soit enfin, lorsqu'un époux, au cours du mariage, acquiert les parts indivises de ses co-propriétaires dans le même immeuble, cet immeuble en entier reste propre moyennant récompense à la communauté ⁽²⁾.

Toutes ces hypothèses n'offrent pas de difficulté : lorsqu'une succession échoit à un époux au cours du mariage, les immeubles sont propres et les meubles tombent en commu-

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contr. de mar.*, II, 3^e édit., p. 332. — Cass. civ., 16 nov. 1904, D., 1905. 1. 6, note Guillouard.

⁽²⁾ Cass. civ., 30 janvier 1865, D., 65. 1. 191. — C. Bordeaux, 13 mai 1871, D., 71. 2. 237. — C. Lyon, 21 janv. 1876, D., 78. 2. 38.

nauté, si la succession s'est ouverte avant le jour de la demande en divorce, sinon tout reste propre.

Que faudrait-il décider si des donations ou des legs immobiliers étaient faits aux deux époux en même temps? On présume dans ce cas, sauf indication contraire, que la volonté du donateur ou du testateur a été de faire tomber les immeubles dans l'actif commun; après le jour de la demande, ces immeubles restent propres pour moitié à chaque époux.

Tels sont les principaux cas de propres immobiliers sous le régime de la communauté légale : à cette liste nous devons ajouter toutes les acquisitions immobilières à titre onéreux réalisées après le jour de la demande en divorce : mais les frais correspondants restent à la charge de l'époux qui en devient propriétaire. Il en serait ainsi même si le prix en avait été payé avec des deniers communs, sauf à indemniser la communauté lors de la liquidation.

*
* * *

Grâce à l'effet rétroactif de l'article 252 *in fine*, nous allons rencontrer des meubles propres, ce qui est assez rare sous le régime de la communauté légale, puisque tout le mobilier tombe dans la masse commune. C'est ainsi qu'après le jour de la demande toutes les acquisitions mobilières faites par les époux, toutes les donations et legs mobiliers qui leur échoient, tous les fruits, intérêts, revenus et arrérages des biens propres des époux, échus ou perçus depuis la demande, de même encore les fruits et intérêts produits par les biens divertis ou récélés constituent des propres.

Désormais chacun des époux conserve exclusivement le produit de son travail ⁽¹⁾ : le bénéfice de la propriété litté-

(1) En ce qui concerne le salaire de la femme, une loi du 16 juillet 1907, art. 6, le lui conserve à titre de propre ainsi que les biens acquis par elle avec ses éco-

raire ou artistique reste propre à l'époux auteur ou artiste ⁽¹⁾.

Donneront également lieu à la reprise en nature lors de la dissolution de la communauté les donations ou legs mobiliers échus aux époux sous la condition que les biens donnés ou légués seraient exclus de la communauté ⁽²⁾, mais cette clause ne serait valable que si elle portait sur des biens dont

nomies dans le cas où elle renonce à la communauté. Peu importe que ces biens aient été achetés par elle avant ou après le jour de la demande. V. *infra*, le commentaire de cette loi.

(1) La jurisprudence de la cour de Paris, s'attachant au caractère moral et personnel de ce droit d'auteur, tend à lui attribuer la *qualité de propre*. (C. de Paris, 1^{er} fév. 1900, S., 1900. 2. 125 et la note de M. Saleilles, S., 1900. 2. 121.)

La Cour de cassation ne parle plus de propriété littéraire, elle lui substitue les expressions de *monopole d'exploitation, droit d'exploiter exclusivement une œuvre littéraire*. (Cass. req., 25 juill. 1887, D., 88. 1. 5. — Cass. civ., 25 juin 1902, D., 03. 1. 5, note de M. Saleilles et S., 02. 1. 305, note de M. Lyon-Caen.)

Dans son dernier arrêt, la cour de cassation reconnaît dans le droit d'auteur deux droits distincts : 1^o L'auteur a un droit exclusif de reproduction de son œuvre, ce droit est de nature purement *pécuniaire*, il tombe en communauté ; et 2^o un droit *moral* qui est toujours resté propre à l'auteur, un droit inhérent à sa personnalité qui lui permet de ne pas publier son œuvre, d'y apporter des modifications et même de la détruire avant toute publication.

En somme, la Cour de cassation reconnaît le droit de la communauté avec la plus expresse réserve du droit personnel de l'auteur.

A ce droit personnel et moral qui reste propre à l'auteur on peut assimiler le *titre* de l'office ministériel et au droit pécuniaire les *bénéfices* procurés par l'office qui tombent en communauté. C. Douai, 14 fév. 1863, S., 64. 2. 109. — Labbé, note sous Cass. req., 6 janv. 1880, S., 81. 1. 49.

Certains arrêts décident que la plus-value de l'office reste propre. C. Bordeaux, 17 fév. 1886, D., 86. 2. 119. — Cass. req., 14 avril 1893, D., 93. 1. 351. — Mais il faut ajouter que ces arrêts se rapportent à deux espèces où l'office ministériel était propre en vertu du contrat de mariage. En conséquence, il semblerait logique d'admettre l'opinion contraire dans l'hypothèse où il s'agirait d'un office commun.

(2) Tous les meubles propres ne donnent pas lieu à la reprise en nature : il est des propres dont la communauté ne peut jouir qu'en les consommant, elle n'a sur eux qu'un droit de quasi-usufruit. Lors de la dissolution, elle les rendra en équivalent ou en valeur : l'époux ne peut faire valoir contre elle qu'une simple créance de reprise. Ces propres mobiliers prennent le nom de propres imparfaits.

le donateur avait la libre disposition ⁽¹⁾. A cette catégorie de meubles propres il faut ajouter les objets incessibles, tels que les pensions alimentaires, les meubles qui à raison même de leur nature restent propres, enfin, par application de la règle *subrogatum sapit naturam subrogati*, les objets mobiliers substitués à la totalité ou à une partie d'un bien propre.

*
* * *

En ce qui concerne le passif propre, il faut décider qu'à partir de la demande en divorce toutes les obligations contractées soit par le mari, soit par la femme dûment autorisée, dans un intérêt autre que celui de la gestion du patrimoine commun et toutes les dettes résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, restent à la charge personnelle de l'époux qui leur a donné naissance.

Les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants sont supportés par chaque époux suivant ses facultés ⁽²⁾.

Constituent encore des charges personnelles les intérêts des rentes passives et des dettes propres (ces intérêts ne sont que l'accessoire du capital), les intérêts des récompenses qu'un époux peut devoir à la communauté et le passif afférent à l'actif mobilier des successions et donations, qui ne tombe plus en communauté. L'époux qui prend tout l'actif doit également supporter tout le passif. Les époux ont droit aux intérêts de leurs propres dès le jour de la demande; par une juste réciprocité, la communauté ne s'augmentant plus des intérêts actifs ne doit pas être diminuée des intérêts passifs.

Pour la même raison, la communauté ne peut plus être

⁽¹⁾ Cass. civ., 6 mai 1885, D., 85. 1. 369, note Labbé.

⁽²⁾ C. Paris, 30 oct. 1886, D., 88. 2. 101. — C. Besançon, 9 janv. 1901, D., 1905. 2. 217 et la note de M. Pic avec les renvois. — Cpr. Cass. req., 18 oct. 1904, D., 1905. 1. 301.

tenue des réparations usufruituaires des immeubles propres : l'époux propriétaire devra faire face à ces dépenses avec ses deniers personnels.

Si, en fait, la communauté avait payé l'une quelconque de ces dettes, il lui en serait dû récompense.

*
* *

Lors de la dissolution de la communauté, chaque époux, même celui contre lequel le divorce a été prononcé, prélève tout ce qui lui appartient en propre, sans qu'il le doive à une libéralité de son conjoint. Ces biens propres rentrent *ipso jure* dans le patrimoine respectif de chacun avec tous les fruits et intérêts qu'ils ont produits depuis le jour de la demande. On ne saurait comprendre, en effet, la survie du droit de jouissance, attribut de la communauté, à sa propre vie ; il devait forcément disparaître avec elle.

La reprise en nature des propres mobiliers ne peut donner lieu à aucune difficulté, ils sont repris dans l'état où ils se trouvent lors de la dissolution ; quant aux immeubles propres, au contraire, l'époux qui les reprend avec les produits et les récoltes qui sont encore sur pied et qui retire par ce fait un profit personnel de la communauté doit l'indemniser : la récompense est égale au montant des frais de labour et de semences.

Mais cet époux se heurte à la présomption établie dans l'article 1402 qui répute, jusqu'à la preuve du contraire, acquêt de communauté tout bien meuble ou immeuble ; il doit comme tout demandeur faire la preuve de son droit.

Le législateur n'ayant pas déterminé le mode de preuve dont l'époux pourrait se servir, on s'accorde pour appliquer les règles du droit commun ⁽¹⁾.

(1) Rodière et Pont, *Du contr. de mar.*, I, n. 514 ; Guillouard, *Du contr. de mar.*, II, n. 563.

Quant aux acquisitions faites par les époux après le jour de la demande en divorce, ils en conservent la propriété sans avoir à lutter contre la présomption de l'article 1402. Si l'autre époux prétend que l'acquisition a eu lieu pendant la durée de la communauté, il devra prouver son allégation conformément aux règles du droit commun; il aura à jouer le rôle ingrat de demandeur. La charge de la preuve est donc renversée.

SECTION III

DES REPRISES EN VALEUR OU EN DENIERS

Avant d'arriver au règlement des reprises en deniers, il faut établir préalablement l'actif et le passif de la masse commune.

§ I. *Sa composition active.*

La deuxième opération consiste dans la composition de la masse commune. Son bilan, au point de vue tant actif que passif, se trouve arrêté en principe au jour de la demande en divorce.

Mais malgré la fiction de la loi la communauté survit en fait et comme telle est encore susceptible de modifications naturelles : le notaire ne peut pas procéder à la liquidation dès le jour de la demande; une liquidation anticipée serait frappée de nullité ⁽¹⁾. Il doit nécessairement se placer au jour où il dresse son travail : le sort des biens de même nature sera tout différent suivant qu'ils auront été acquis

(1) Une liquidation anticipée impliquerait une acceptation ou une renonciation de la part de la femme : or ce droit d'option, la femme ne peut l'exercer qu'après la dissolution de la communauté. De Loynes, note sous D., 02. 2. 97. — C. Paris, 24 mars 1903, D., 1905. 2. 1. note Planiol. — Cass. Req., 6 avril 1903, D., 03. 1. 301.

avant ou après le jour de la demande. On constate en effet que parmi les biens d'une même catégorie, ceux là qui tombaient avant ce jour dans la masse commune en sont exclus plus tard par suite de l'effet rétroactif de l'art. 252 *in fine*.

Ainsi les règles édictées dans l'article 1401 reçoivent en matière de divorce de notables restrictions : tout le mobilier présent et futur des époux, quelle qu'en soit la nature corporelle ou incorporelle, tombe en communauté jusqu'au jour de la demande. Il faut donc entendre le mot *mobilier* dans son acception la plus large : il comprend tous les biens meubles par nature (art. 528) et les meubles par la détermination de la loi (art. 529). La communauté se compose encore des produits du travail commun des époux ; quant au salaire des époux, une loi récente du 16 juillet 1907, article 5, distingue suivant le parti que la femme va prendre lors de la dissolution ; si elle accepte la communauté, les biens réservés acquis par elle avec les produits de son travail personnel et des économies en provenant entrent dans le partage du fonds commun ; au contraire, si elle y renonce, ils lui restent propres ⁽¹⁾.

(¹) Cette réforme depuis si longtemps réclamée en France par le parti féministe avait déjà été réalisée dans plusieurs législations étrangères. (Voir Bufnoir, *Bulletin de législation comparée*, 1896, vol. XXV, p. 168). Ce sont les pays du Nord qui sont entrés les premiers dans cette voie de réforme : la Suède, dans une loi du 11 décembre 1874, accorde à la femme le droit de disposer du produit de ses gains et salaires. Mais là se borne la réforme, ces gains et salaires tombent en communauté lors de la dissolution. Il n'est donc apporté aucune modification à la composition de la communauté. Parmi les pays qui, comme la Suède, ont conservé la communauté comme régime de droit commun, on peut encore citer le canton de Neuchâtel, la Belgique dont les législations ont ceci de commun avec la loi suédoise que la réforme ne porte seulement que sur les gains et ne s'étend pas aux économies réalisées sur ses gains et aux biens acquis par suite de l'emploi qui en a été fait : en effet, l'article 2 de la loi de Neuchâtel du 18 mai 1897 (*A. L. E.*, 1897, XXVII, p. 663), autorise la femme à retirer seulement le prix de son travail personnel et à en donner quittance. L'art. 30 de la loi belge du 18 mars

De même, par application de l'article 252 *in fine*, seuls les fruits ou les intérêts de tous les biens des deux époux, perçus ou échus avant le jour de la demande, viennent grossir la masse commune. Cependant, même après la dissolution de

1900 est ainsi conçu : « La femme mariée peut, sans le concours et à l'exclusion de son mari, mais sauf opposition de ce dernier, toucher son salaire et en disposer pour les besoins du ménage (*A. L. E*, 1900, XXX, p. 316).

Nous classerons dans une deuxième catégorie les lois danoise (7 mai 1880 et 7 avril 1899), norvégienne (29 juin 1888), finlandaise (15 avril 1889) et genevoise (7 nov. 1894) qui se sont montrées plus libérales en étendant la réforme aux économies que la femme a pu faire et aux biens qu'elle a pu acquérir avec ses économies. Du vivant de la femme, pendant la communauté, ces biens ainsi réservés sont soustraits à l'administration du mari et confiés à celle de la femme; mais ils n'en restent pas moins des biens communs qui, au jour de la dissolution, rentreront dans la masse partageable d'après les règles du droit commun. On n'a pas voulu créer une inégalité en faveur de la femme; le produit de son travail comme celui de son mari doit venir grossir la masse commune.

Quel sera le sort de ces biens réservés en cas de renonciation à la communauté par la femme? La loi genevoise, plus complète que la loi suédoise, répond à cette question dans son article 4 (*A. L. E.*, 1894, XXIV, p. 634); elle décide que si la femme accepte la communauté, elle doit faire comprendre dans la masse partageable ces gains et ces économies; au contraire, si elle y renonce, elle n'est pas soumise au rapport, elle garde définitivement ce pécule. C'est là une généreuse innovation qui a passé dans notre loi nouvelle (V. Rapport de M. Tissier dans le *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1901-1902, p. 33).

Ceci nous rappelle le pécule du droit romain : c'est un patrimoine particulier d'affectation dont la femme conserve l'administration et la propriété pendant la communauté, mais qui, lors de sa dissolution, rentre dans le droit commun en cas d'acceptation par la femme.

L'opération juridique peut s'analyser ainsi : si la femme accepte la communauté, elle a acquis pour la masse commune, elle doit remettre à la communauté ce qui y a toujours été; au contraire, si elle renonce, la communauté disparaît rétroactivement, elle a acquis pour elle-même, elle n'a jamais été commune, elle n'a pas à rapporter; son droit se consolide entièrement.

Cette idée de patrimoine d'affectation a été reprise par le nouveau Code civil allemand, §§ 1365 et suiv. Ce Code a organisé au profit de la femme, lorsqu'elle est mariée sous le régime légal de l'union de biens sous l'administration de son mari, un pécule réservé composé des instruments de travail de la femme et des biens acquis par elle par son travail ou par l'exploitation personnelle d'une industrie.

De même l'avant-projet de Code civil suisse, articles 215, 217, 244 (V. *Bull. de la Soc. d'ét. législ.*, 1901-1902, p. 98).

la communauté, les fruits naturels ou civils des biens communs tombent encore en communauté : ces fruits appartiennent au patrimoine qui les a produits et viennent se confondre avec lui. Le mari, en sa qualité d'administrateur, continue à les percevoir, mais il ne peut pas en disposer; ces revenus constituent, en effet, un élément actif de la communauté. Ces sommes doivent figurer dans le compte d'administration du mari, mais les intérêts ne sont dus qu'à leur taux réel ⁽¹⁾.

Enfin d'après l'article 1401, alinéa 3, la communauté comprend encore tous les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage, ou plus exactement, pour le cas qui nous concerne, jusqu'au jour de la dissolution de la communauté, c'est-à-dire dans les rapports des époux entre eux, le jour de la demande en divorce; car toutes acquisitions postérieures, mobilières ou immobilières, faites par un époux ou par les deux conjointement constituent des propres. Par suite, les acquisitions faites par le mari ne peuvent plus ni profiter, ni nuire à la communauté : la femme ne pourrait pas prétendre, en vertu des pouvoirs que lui donne l'article 1471, exercer sur ces biens la faculté de dation en paiement qu'elle a sur les immeubles communs.

Le notaire liquidateur doit ajouter à cette liste des biens communs les immeubles qui auraient pu être aliénés par le mari dans un acte excédant ses pouvoirs pendant la commu-

(1) L'équité veut que le mari ne soit tenu des intérêts que si le capital commun en a réellement produit : la femme ne serait pas fondée à réclamer au mari l'intérêt au taux légal des sommes communes détenues par lui si, en fait, elles étaient restées improductives, à moins de prouver la fraude de celui-ci ou son mauvais vouloir, ou bien que le mari a employé ces sommes à son usage personnel. Dans ce cas, il serait dû à la femme non pas des intérêts, mais une indemnité dans la mesure du dommage éprouvé par elle. La preuve de ces faits reste à la charge de la femme. C. Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385 et la note L. B. — Cpr. Cass. req., 29 janv. 1902, D., 1902. 1. 219.

nauté, notamment les biens aliénés à titre gratuit en violation de l'article 1422 et après le jour de la demande ceux qu'il a vendus en fraude des droits de l'épouse. Cependant, comme la rétroactivité de l'article 252 n'a pas d'effet au regard des tiers, ces aliénations restent valables et la femme n'a droit qu'à une indemnité égale à la valeur réelle des immeubles vendus. Lors de la liquidation, le mari doit en rapporter le prix : s'il représente la valeur réelle de l'immeuble, la femme n'a pas à se plaindre ; s'il est inférieur, le mari doit un complément égal au préjudice subi par elle ; enfin si, au contraire, ce prix est supérieur, il doit le rapporter en entier, car on ne peut pas permettre au mari de tirer un profit personnel des biens communs.

Mais à quel moment faudrait-il se placer pour estimer les biens communs que le mari aurait aliénés pendant l'instance ?

Le bilan actif et passif de la communauté est arrêté au jour de sa dissolution : c'est donc au jour de la demande et non à celui de la liquidation qu'il faut se placer pour l'estimation des biens ⁽¹⁾. C'est ce qui ressort clairement d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1868 ⁽²⁾ qui décide que si la pratique notariale, qui habituellement arrête les comptes au jour de la liquidation et non au jour de la dissolution de la communauté peut être acceptée sans inconvénients quand ce mode de compte ne blesse les intérêts de personne, il en est autrement quand les deux époques de la dissolution et de la liquidation sont séparées par un long intervalle, et que la fiction qui prolongerait la communauté causerait un préjudice à l'un des intéressés.

Telle n'est point cependant la règle suivie par quelques

⁽¹⁾ C. Besançon, 1^{er} avril 1863, D., 63. 2. 93. — C. Paris, 10 août 1897, D., 98. 2. 216.

⁽²⁾ Cass. req., 8 juin 1868, D., 71. 1. 224.

arrêts en matière de valeurs de bourse : sans doute, dit-on, la communauté est réputée dissoute au jour de la demande, mais elle n'en existe pas moins en fait, elle peut subir encore certaines modifications naturelles : elle doit profiter de la plus-value des biens qui composent son actif ⁽¹⁾.

Pour être complet, ajoutons que si, après le jugement de divorce dûment transcrit, le mari a aliéné des biens communs, ces biens devront figurer dans la masse commune. Le mari n'a plus sur eux qu'un droit indivis, il n'a pas pu transmettre aux tiers plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Ces biens rentreront dans la masse d'une manière fictive seulement, car ces aliénations pourront être validées si ces biens sont mis au lot du mari ⁽²⁾.

Enfin le notaire liquidateur devra faire figurer dans l'actif commun le reliquat du compte d'administration du mari.

*
* * *

De même que depuis le jour de la demande en divorce l'actif commun n'est plus en principe susceptible d'augmentation, de même depuis cette même époque toutes les dettes des époux ne peuvent plus grever le passif de la masse commune ; la communauté est dissoute dès la demande et avec elle ont

⁽¹⁾ Guillouard, III, n. 1325. — C. Paris, 7 mai 1872, D., 73. 2. 99, et Cass. req., 11 fév. 1873, D., 73. 1. 470. Remarquons que ces deux arrêts tranchent une question d'espèce : le mari avait recélé des valeurs de bourse et les avaient vendues. Ces valeurs haussèrent dans la suite. Ces arrêts ainsi rendus se justifient d'autant mieux que la solution contraire aurait fait profiter le mari de la faute qu'il avait commise en recélant ces valeurs.

Laurent (XXIII, n. 5) approuve cette solution : si le mari n'avait pas disposé des valeurs, la masse se serait enrichie de la hausse. L'aliénation illégale que le mari en a faite l'obligeait à une indemnité, et l'indemnité consiste dans le préjudice souffert, c'est-à-dire dans le montant des valeurs au cours de la Bourse le jour de la clôture de la liquidation.

⁽²⁾ Par analogie Cass. civ., 28 avril 1851, D., 51. 1. 145.

disparu son droit aux fruits et revenus des biens des époux ainsi que les charges correspondantes.

Mais l'existence de fait de la communauté nous a obligé à apporter quelques exceptions à cette règle : si, en effet, elle peut s'enrichir encore des fruits et revenus produits par les biens communs, il faut reconnaître, en revanche, que son passif peut encore être grevé par les engagements pris par le mari pour la gestion du patrimoine commun.

En dehors de ce cas, toutes les obligations contractées par le mari et celles contractées par la femme, autorisée de son mari, restent à leur charge personnelle.

Cependant, aux termes de l'article 1482, les frais de scellés, inventaire, liquidation et partage restent à la charge de la communauté ; ces frais ne sont que la conséquence de la liquidation. Or, il est de principe constant que les frais nécessités par la liquidation d'une masse partageable restent à la charge de celle-ci : il n'y a pas de raisons pour qu'il en soit autrement en cas de dissolution de la communauté après divorce ⁽¹⁾.

Quant aux frais de divorce, seront-ils aussi compris au passif de la communauté ? Il semble que ces fruits qui sont le résultat d'un jugement postérieur à la dissolution ne devraient jamais être une charge de communauté ; on répond à cela que cette dette n'a pas sa cause dans le jugement qui prononce la condamnation aux dépens, mais dans les faits qui ont nécessité le divorce, faits qui sont nécessairement antérieurs à la dissolution de la communauté.

Seul le mari peut obliger la communauté par ses fautes ou délits. Il faut donc décider que, si le mari est condamné aux dépens, les frais du divorce seront supportés définitivement par la masse commune.

(1) Defrénois, *op. cit.*, II, n. 6809 ; C. Douai, 17 nov. 1899, *Rép. Defrénois*, 11356.

Chaque époux doit supporter la moitié des frais de liquidation après divorce. C. Angers, 25 janv. 1905, D., 07. 2. 372.

§ II. *De la liquidation des récompenses.*

Du compte-courant.

Bien que dans notre droit moderne comme dans notre ancien droit la communauté ne constitue pas une personne morale, distincte des époux, on ne peut nier cependant l'importance capitale qu'il y a à lui reconnaître un patrimoine différent de celui des époux.

C'est ainsi que sous la communauté légale nous trouvons trois patrimoines ayant chacun ses règles propres nettement déterminées par la loi : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le patrimoine commun. De ces trois patrimoines, deux seulement subsistent : le fonds commun se trouve confondu pour partie avec le patrimoine de chaque époux.

Comment le législateur est-il arrivé à concilier deux choses en apparence inconciliables : la confusion de deux patrimoines et la conservation intégrale de chacun ? C'est à cet effet qu'il a créé la théorie des reprises et des récompenses.

Aucun patrimoine ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre sans qu'une récompense soit due au patrimoine appauvri ; d'autre part, il n'est pas permis aux époux de déroger au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; tel est le double fondement de la théorie des récompenses.

Ainsi donc, c'est le droit de propriété des époux qui sert de fondement au droit aux récompenses ; ce droit présente, en effet, le double caractère de propriété et de créance. Ces indemnités sont des fractions du patrimoine respectif de chaque époux dont les deniers propres sont tombés en communauté. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé a droit, conformément aux règles du droit commun,

au paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté; il réclame, en effet, ce qui lui est dû ⁽¹⁾.

La masse commune que nous avons établie dans le paragraphe précédent n'est pas encore l'actif net partageable; avant le partage il faut, comme le disait Pothier ⁽²⁾, « liquider les créances que chacun des conjoints a contre la » communauté, et les dettes dont chacun des conjoints est » débiteur envers la communauté ». Il en est ainsi que la femme accepte la communauté ou qu'elle y renonce ⁽³⁾.

L'époux ne peut pas être à la fois créancier et débiteur de la communauté, il est l'un ou l'autre ⁽⁴⁾. Il y a donc entre les conjoints et la communauté une espèce de compte-courant qui se trouve clos lors de la demande en divorce. Après ce jour il ne peut plus être question de récompense, puisque la communauté a disparu; le règlement des créances et des dettes des époux a lieu au moyen d'*indemnités*. Les conjoints sont désormais des créanciers ou débiteurs ordinaires l'un vis-à-vis de l'autre; les règles de la compensation légale pourraient s'appliquer. La théorie du compte-courant reste étrangère à ces indemnités comme pour les créances propres d'un époux contre son conjoint. Entre les deux époux il n'y a pas de compte ouvert; par suite, cette espèce particulière de compensation ne saurait avoir lieu ⁽⁵⁾.

Mais si cette théorie de la balance des reprises et des récompenses et l'extinction des reprises par compensation avec les récompenses doivent être strictement limitées aux

⁽¹⁾ Il en est de même pour les indemnités qui lui sont dues par son conjoint.

⁽²⁾ Pothier, *Communauté*, n. 582.

⁽³⁾ En cas de renonciation, il y a lieu à une simple liquidation de reprises. Defrénois, *op. cit.*, II, 4^e éd., n. 6807. — Cass. civ., 3 mars 1891, S., 92. 1. 190. — Cass. req., 28 janv. 1902, S., 03. 1. 397.

⁽⁴⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 343.

⁽⁵⁾ Cass. civ., 16 nov. 1904, D., 05. 1. 5, note Guillaouard.

dettes et aux créances de l'époux envers la communauté, en revanche cette compensation s'applique à toutes les créances privilégiées ou non. C'est ainsi que chaque époux a à son crédit toutes les sommes reçues pour son compte personnel, et à son débit celles dont il doit indemnité à la communauté : la balance en est faite et le reliquat nous indique si la communauté est créancière ; alors l'époux débiteur doit la payer au moyen de rapports. Si au contraire elle est débitrice, l'époux créancier se paie au moyen de prélèvements.

Cette règle s'impose au notaire liquidateur : il ne s'agit pas là d'un simple expédient, mais d'un principe juridique qui doit recevoir son application dans toute liquidation ⁽¹⁾. En effet, puisque la communauté n'est pas une personne morale, l'époux qui d'une part doit une récompense à la communauté, et qui d'autre part est copropriétaire de cette communauté ne peut réunir en sa personne deux qualités incompatibles qui engendrent nécessairement une confusion : on ne peut pas parler de reprises ou de récompenses, comme s'il s'agissait de créances ou de dettes entre deux personnes distinctes. Au contraire, ces reprises et ces récompenses forment un tout complexe, un mélange de créances et de dettes qui sont destinées à se paralyser : il ne s'agit pas là d'une simple compensation légale mais d'un compte unique et indivisible dont le reliquat final est seul à considérer ⁽²⁾.

*
* *

Grâce à l'effet rétroactif de l'article 252 *in fine*, le règlement doit être reporté au jour de la demande en divorce.

(1) Cette règle est applicable même en cas de renonciation à la communauté par la femme. Cass. civ., 3 mars 1891, D., 91, 1. 249.

(2) Cass. civ., 15 mai 1872, S., 72. 1. 313, note Labbé. — C. Caen, 9 juil. 1889, S., 90. 2. 73. — Cass. civ., 3 mars 1891, D., 92. 2. 413. — C. Angers, 11 mai 1892, S., 92. 2. 112. — Cass. civ., 16 nov. 1904, précité.

Or, les récompenses dues à la communauté ou par elle, nous dit l'article 1473, emportent intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté ⁽¹⁾.

Les intérêts des reprises commencent à courir dès le jour de la demande ⁽²⁾; ils appartiennent à l'époux propriétaire au même titre que les intérêts de ses propres.

Réciproquement, l'époux doit rapporter à la masse commune les intérêts des récompenses qu'il peut lui devoir : en effet, lorsqu'un époux est débiteur d'une indemnité envers la communauté, c'est pour s'être approprié une valeur qui après la dissolution devrait faire partie de la masse partageable; or, il est de principe que les intérêts profitent à la masse. Cet époux est comptable envers la communauté des intérêts des récompenses au même titre que s'il avait touché les fruits produits par un bien commun après la dissolution de la communauté ⁽³⁾.

Il en serait de même en cas de renonciation à la communauté par la femme. De même que la femme a droit aux fruits et revenus produits par ses propres, elle a droit aux intérêts de ses reprises en deniers, puisque ces indemnités lui tiennent lieu de propres ⁽⁴⁾. Par réciprocité, la femme

⁽¹⁾ Guillouard, II, n. 973. Cette exception s'explique par le double motif suivant : d'abord par le désir d'éviter des frais, ensuite, parce qu'il eût été difficile de demander en justice le remboursement des reprises dont on ne connaît pas encore le montant (art. 1153).

Les récompenses que les époux peuvent se devoir directement entre eux ne portent pas intérêts de plein droit. Ce sont des dettes ordinaires soumises aux règles du droit commun. Il faudra au moins une sommation pour faire courir les intérêts (loi 7 avril 1900). Ces intérêts sont moratoires, par conséquent servis au taux légal.

⁽²⁾ C. d'Agen, 29 avril 1868, S., 68. 2. 129, en matière de séparation de biens. — Cass. req., 22 juil. 1889, D., 90. 1. 421 et la note. — Cass. civ., 7 janv. 1890, D., 91. 1. 256.

⁽³⁾ Laurent, XXII, n. 489.

⁽⁴⁾ Laurent, XXIII, n. 102; Aubry et Rau, V, 4^e édit., § 511, note 14, p. 358

renonçante devra, à partir de la demande, les intérêts des récompenses dont elle pourrait se trouver débitrice envers la communauté.

Ces intérêts que la loi fait courir de plein droit sont-ils des intérêts moratoires, par conséquent dus au taux légal, ou bien, au contraire, l'époux créancier ne peut-il prétendre qu'aux intérêts réellement produits par ses reprises?

Lorsque la communauté prend fin par un mode normal de dissolution, l'époux créancier de reprises a droit immédiatement au remboursement de ses reprises. Si on ne les lui restitue pas de suite, il a droit sans contestation aux intérêts de plein droit et au taux légal. Mais la question devient plus délicate lorsque la dissolution est le résultat d'un divorce : dès le jour de la demande le mari n'est pas mis en demeure de restituer à sa femme le montant de ses reprises; s'il le voulait, il ne le pourrait pas. Alors, va-t-on obliger le mari à payer les intérêts des reprises, si, en fait, elles sont restées improductives? Un jugement du tribunal civil de la Seine du 21 décembre 1888 ⁽¹⁾ a résolu cette question : l'obligation qui incombe au mari de tenir compte à la femme des intérêts de ses reprises à partir du jour de la demande n'est fondée que sur le principe d'équité suivant : « Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ». Si les reprises de la femme ont produit des intérêts, ils n'ont pas pu grossir le patrimoine du mari, mais celui-ci ne doit compte que des intérêts réellement produits. « Attendu, dit ce jugement, que si la femme » a droit aux intérêts de ses reprises depuis le jour de la » demande en divorce, il résulte du caractère même des dis-

Rodière et Pont, III, n. 1517. — Cass. civ., 9 fév. 1870, D., 70. 1. 119. — Les intérêts des reprises courent à partir de la dissolution de la communauté jusqu'au jour de la liquidation définitive; C. Douai, 30 avril 1897, D., 98. 2. 12.

⁽¹⁾ Trib. Seine, 21 déc. 1888, *Le Droit*, 1^{er} janv. 1889.

» positions de l'article 1473 que si, par suite d'un fait qui ne
» saurait être imputable à la faute du mari, les reprises de
» la femme n'ont pas produit d'intérêts ou n'ont produit
» qu'un intérêt inférieur à l'intérêt légal..., le mari ne doit
» compte que des intérêts que les reprises ont réellement
» produits... ».

Nous ne pouvons qu'approuver cette solution en ce qui concerne les reprises en nature de la femme, sauf au mari à justifier du montant des intérêts réellement produits. Quant aux reprises en deniers, au contraire, il est d'une pratique courante de leur faire produire des intérêts au taux légal : tel est, à notre avis, l'esprit qui se dégage de la généralité des termes de l'article 1473.

*
* * *

La liquidation des reprises donne lieu fréquemment, dans la pratique, à certaines difficultés qui viennent de ce que le mari, au cours de l'instance, sur les invitations des parents des parties ou sur les conseils des avoués, fait sans formalités judiciaires remise à sa femme de ses effets personnels et de certains biens communs à valoir sur ses reprises. La restitution intégrale de la dot est plus rare, mais la question qui se pose est la même dans les deux cas. Ce paiement partiel ou total est-il valable ? Le mari ne s'expose-t-il pas à un second paiement (1) ?

Il est certain que ce paiement serait valable s'il avait eu lieu en vertu d'une ordonnance du juge (art. 238 et 242).

De plus, la question de validité du paiement ne se pose que dans les rapports des époux entre eux : à l'égard des tiers, le paiement des reprises serait nul comme ayant été fait

(1) Cass. req., 6 avril 1903, D., 03. 1. 301. — Cpr. Cass., 1^{er} juillet 1873, S., 73. 1. 320 en matière de séparation de biens.

avant la dissolution de la communauté, puisque pour eux la dissolution n'a lieu que du jour de la transcription du jugement de divorce.

Ils pourraient donc forcer le mari à un second paiement pour exercer leurs droits sur les sommes dues à leur débitrice.

Dans les rapports des époux entre eux, on a essayé de valider ce paiement anticipé des reprises en lui faisant application des règles qui régissent le paiement d'une obligation sous condition suspensive fait avant l'échéance de la condition. Grâce au jeu de la condition, ce paiement serait valable sous la condition que le divorce serait prononcé et deviendrait ensuite définitif par la transcription.

Nous avons répondu par avance à cette argumentation en limitant strictement la rétroactivité de l'article 252 aux rapports créés par le régime matrimonial ; la volonté du législateur ne fait aucun doute sur ce point, il a voulu enlever aux époux la faculté de modifier le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive. Appliquer la rétroactivité du jugement de divorce dans ce cas, ce serait dépasser les limites de la fiction et le but que la loi a voulu atteindre. Nous avons reconnu à ce texte un caractère tout à fait exceptionnel ; son effet est donc limité par le motif de son institution, il ne doit s'appliquer que dans les cas expressément visés par la loi.

Il faut donc en conclure que le paiement des reprises fait au cours de l'instance est nul comme s'il avait été effectué avant la dissolution de la communauté ⁽¹⁾.

Pour les mêmes motifs, les biens propres que le mari pour-

⁽¹⁾ Cass. req., 6 avril 1903, D., 03. 1. 301. — Cpr. Cass. req., 18 avril 1893, D., 94. 1. 67. — C. Paris, 24 mars 1903, D., 1905. 2. 1, note de M. Planiol.

rait avant la transcription du jugement de divorce céder à sa femme en paiement de ses droits, constitueraient une cession nulle. De plus, comme cette dation en paiement est assimilée à la vente et comme la vente est interdite entre époux, cette cession serait encore frappée de nullité ⁽¹⁾.

*
* * *

Il nous reste à rappeler brièvement les principaux cas où il y a lieu à récompenses dues soit par la communauté à l'un ou l'autre époux, soit par les époux à la communauté. Seuls les points spéciaux à la liquidation après divorce nécessiteront quelques explications.

a) *Des reprises. — Récompenses dues par la communauté aux époux* ⁽²⁾.

« Chacun des époux, nous dit Pothier ⁽³⁾, est, lors de la » dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il » a enrichi la communauté à ses dépens, pendant qu'elle a » duré ».

Du principe posé par Pothier, il résulte d'une part que deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu à reprise : un enrichissement pour la communauté et un appauvrissement dans le patrimoine d'un époux ; et, d'autre part que le montant de la reprise aura sa mesure maxima dans la somme entrée en communauté du chef de l'époux,

⁽¹⁾ Cass. civ., 1^{er} juillet 1873, précité.

⁽²⁾ Les expressions *reprises*, *récompenses* ou *indemnités* ont été employées au cours de notre étude comme synonymes. Il est d'usage courant, dans la pratique des affaires, de réserver le nom de *reprise* à tout ce que les époux peuvent avoir à réclamer à la communauté et le nom de *récompense* à tout ce dont ils se trouvent redevables vis-à-vis de la communauté : par le terme *indemnité*, on entend plus généralement les récompenses dues d'époux à époux.

⁽³⁾ Pothier, *Communauté*, n. 606.

c'est-à-dire dans l'enrichissement de la communauté, sans toutefois pouvoir excéder la somme fournie par l'époux sur ses propres en l'acquit d'une dette de la communauté. La récompense doit être de la moindre de ces deux sommes, puisque l'époux ne peut pas recevoir plus qu'il n'a perdu, ni la communauté devoir plus qu'elle n'a gagné ⁽¹⁾ : les récompenses ne doivent pas être pour les époux une source de bénéfices.

Cette question de reprises ne peut naître que pour des cas antérieurs au jour de la demande : en effet, la dissolution de la communauté remonte à cette date. Juridiquement parlant, on ne peut plus trouver de récompenses après ce jour, puisque la communauté a disparu. Désormais, il n'y a que deux patrimoines qui subsistent, le patrimoine propre du mari et le patrimoine propre de la femme : toute opération juridique faite par les époux rentre nécessairement dans l'un ou l'autre de ces deux patrimoines.

Comme en fait le mari se substitue à la communauté et continue à intervenir seul dans les opérations qui intéressent son propre patrimoine et celui de sa femme jusqu'à la liquidation définitive, il doit en rendre un compte fidèle à cette dernière ; le mari joue en quelque sorte le rôle de banquier. Si des difficultés s'élèvent, elles ne peuvent être réglées qu'au moyen *d'indemnités dues d'époux à époux*.

C'est le cas d'aliénation d'un bien propre qui a été le point de départ de la théorie des récompenses : l'article 1433 pose le principe fondamental de la matière.

Les nombreuses causes de reprises, un peu éparses dans le Code, peuvent se ramener à quatre catégories : il y a lieu à reprise lorsqu'est vendu un immeuble propre d'un époux moyennant un prix fixe ou une rente viagère, ou, inverse-

(1) Colmet de Santerre, VI, n. 78 bis, p. 193.

ment, lorsqu'un époux aliène, moyennant un capital qui est resté dans la communauté, un propre viager, une rente viagère ou un usufruit.

Comme démembrement de la propriété, un époux peut encore vendre une servitude ou la nue-propriété d'un fonds propre en réservant l'usufruit à la communauté.

La deuxième catégorie de reprises est celle où un époux a payé de sa fortune personnelle une dette qui était à la charge de la communauté ⁽¹⁾.

Enfin, la communauté qui s'est enrichie aux dépens des époux en encaissant des valeurs propres que leur nature mobilière faisait tomber provisoirement dans son patrimoine, doit récompense de tout ce qu'elle a tiré des meubles propres des époux, à l'exception des fruits et revenus gardés par elle en sa qualité d'usufruitière.

Nous arrivons, avec une quatrième catégorie de récompenses, à un cas de reprises spécial à la femme, qui n'a pas son fondement dans l'enrichissement de la communauté à ses dépens mais dans ce fait que la femme est fondée à se faire indemniser par la communauté de tout préjudice résultant pour elle de la mauvaise administration de ses biens propres : la responsabilité du mari est, en effet, une dette de communauté (art. 1428 *in fine*).

* *

Le montant de la reprise est facile à établir, puisque dans ces différents cas l'enrichissement de la communauté consiste dans la réception du prix de vente, dans la libération de la dette ⁽²⁾ ou dans l'encaissement de valeurs propres.

⁽¹⁾ Lorsque les deux époux s'obligent au profit de la communauté, la femme, à l'égard du mari, est réputée ne s'être obligée que comme caution (art. 1431).

⁽²⁾ Pothier, *Communauté*, n. 594.

La récompense aura lieu sur le pied de la vente (art. 1436). Sa quotité sera égale soit au montant de la dette éteinte, soit à la somme des deniers propres encaissés provisoirement par elle.

Mais les difficultés apparaissent pour le calcul de la quotité de la récompense en cas de vente d'un immeuble propre moyennant une rente viagère. La communauté, en touchant les arrérages, perçoit à la fois les intérêts du prix et une partie de l'amortissement du capital. Elle s'est ainsi enrichie dans la mesure où ces arrérages excèdent le revenu normal du propre aliéné : la récompense sera donc de la différence entre le montant des arrérages perçus par la communauté depuis le jour où ils ont commencé à courir jusqu'à celui de la dissolution de la communauté et le montant des revenus nets que l'immeuble aurait produits pendant le même temps s'il n'eût pas été aliéné (¹).

b) Des récompenses dues à la communauté par les époux.

Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : de même que la communauté ne peut s'enrichir aux dépens des époux, de même le patrimoine propre de chaque conjoint ne peut s'enrichir aux dépens du patrimoine commun. C'est l'article 1437 qui en formule la règle générale : « .. Et généralement » toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel » des biens de la communauté, il en doit la récompense ».

De cette définition il résulte qu'il faut, pour qu'il y ait lieu à récompense, d'une part que l'un des époux ait réalisé un gain et d'autre part que la communauté ait souffert un préju-

(¹) Pothier, précité; Aubry et Rau, V, § 511, note 4, p. 352; Guillouard, II, n. 892-893; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, p. 754; Planiol, III, 2^e édit., p. 387, 4^e édit., p. 172. — *Contra* Rodière et Pont, II, n. 945; Marcadé, sur l'art. 1436, n. 2, p. 562. — C. Besançon, 23 nov. 1868, D., 69. 2. 17.

dice. Mais cela ne suffit pas encore; il doit en outre exister entre ce gain et ce préjudice une relation de causalité. Il est nécessaire, en effet, que le bénéfice procuré aux époux trouve sa cause dans le préjudice souffert par la communauté ⁽¹⁾.

« La récompense, nous dit Pothier ⁽²⁾, n'est pas toujours » de ce qu'il en a coûté à la communauté pour l'affaire parti-
» culière de l'un des conjoints; elle n'est due que jusqu'à
» concurrence de ce qu'il a profité; la récompense n'excède
» pas ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand
» qu'ait été le profit que le conjoint a retiré ».

Le mode de calcul de la récompense n'est plus aussi simple que celui que nous avons rencontré pour les reprises; la communauté est toujours débitrice de tout ce qu'elle a encaissé, mais elle n'est pas toujours créancière de tout ce qu'elle a déboursé. C'est qu'en effet, dans ce dernier cas on applique la vieille règle d'après laquelle « *la récompense n'excède jamais le profit réalisé par l'époux* ».

Comme cette quotité est susceptible de nombreuses variations, et comme il est impossible d'en donner une règle générale, à mesure que nous rencontrerons les différents cas où il y a lieu à récompense, nous nous demanderons quel en est le montant.

De même que pour les reprises, il ne peut être question de récompenses qu'à une époque où la communauté subsiste encore. En droit, après le jour de la demande le patrimoine commun a disparu, mais comme en fait il y a toujours des biens communs entre les mains du mari susceptibles d'être employés à l'extinction de la dette d'un époux, il est encore

(1) En cas de renonciation à la communauté, les récompenses dont la femme peut être tenue sont dues au mari qui s'est substitué à la communauté. Les intérêts courent du jour de la demande en divorce.

(2) Pothier, *Commun.*, n. 613.

possible de rencontrer certains cas qui donnent lieu à une indemnité en faveur de la communauté : tels sont les frais du divorce, la provision *ad litem* et la pension alimentaire allouée à la femme pendant la durée de l'instance.

Ce ne sont plus à proprement parler des récompenses, mais plutôt des indemnités dues par un des époux à l'autre. L'époux qui aura tiré un profit personnel des biens communs est tenu vis-à-vis de son conjoint à une indemnité égale au *montant intégral* de la somme déboursée, que cet époux en ait retiré profit ou non. En réalité, cet époux ne rapportera que la moitié de cette indemnité puisqu'il a droit à la moitié de l'actif commun : la femme devrait rapporter la totalité si elle renonçait à la communauté.

*
* * *

L'article 1437 indique les principaux cas dans lesquels les époux se trouvent débiteurs de récompenses envers la communauté.

La première catégorie de récompenses est celle où les dettes et charges personnelles des époux ont été acquittées à l'aide des deniers communs, peu importe que ces dettes aient été contractées antérieurement ou postérieurement au mariage, ou même dans certains cas après la dissolution de la communauté.

L'époux qui prétend qu'il a été pris dans la caisse commune une somme pour acquitter la dette personnelle de son conjoint, et qui de ce chef lui réclame une récompense, doit comme tout créancier prouver le fait qu'il avance ; l'autre époux n'a pas de preuve négative à fournir. Les modes de preuve sont différents suivant qu'il s'agit du mari ou de la femme. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour soumettre le mari aux règles rigoureuses du droit commun,

tandis qu'elles permettent à la femme tout mode de preuve soit par témoins, soit même par simple présomption ⁽¹⁾.

La récompense sera égale à la somme payée puisque le profit retiré par l'époux en pareil cas réside dans l'extinction de la dette. Seul le montant en capital des dettes antérieures à la dissolution de la communauté fera l'objet de la récompense, puisque les intérêts restent à la charge de cette dernière : quant aux intérêts des dettes contractées après le jour de la demande, ils seront compris dans le calcul de la récompense due par l'époux qui a été libéré à l'aide des biens communs. La communauté, ne s'augmentant plus des intérêts actifs, n'a pas à supporter les intérêts passifs.

Parmi les dettes qui ont pris naissance après la dissolution de la communauté et qui donnent lieu à récompense, nous rencontrons d'abord les frais du divorce.

La solution varie selon que la demande a été introduite par l'un ou l'autre des époux ou par les deux à la fois, et que le jugement a été prononcé aux torts de l'un seulement des époux ou des deux en même temps.

Si la femme autorisée de justice est demanderesse et qu'elle réussisse dans sa demande, les frais auxquels le mari a été condamné sont une charge de la communauté qui doit les supporter définitivement, de même que pour tout procès perdu par le mari. Au contraire si la femme succombe, la doctrine et la jurisprudence décident en général que, par application de l'article 1426, la femme n'a pas de recours pour le recouvrement des frais contre la communauté et qu'elle en est tenue personnellement. Par conséquent, les frais auxquels la femme a été condamnée par suite

⁽¹⁾ Rodière et Pont, III, n. 1463; Huc, IX, n. 219. — Cass. civ., 19 janv. 1886, D., 87, 1. 70. — Cass. req., 14 avril 1893, D., 93, 1. 351. — Cass. req., 29 janv. 1902, D., 02, 1. 219.

du rejet de sa demande constituent pour elle une dette personnelle ; si ces frais sont acquittés par la communauté, la femme lui en doit récompense ⁽¹⁾.

Si le mari est demandeur et qu'il réussisse dans sa demande, la femme condamnée aux dépens supporte seule cette dette personnelle, même si elle n'a pas obtenu de provision *ad litem*.

Néanmoins, une opinion ⁽²⁾ voudrait que la communauté en fût tenue moyennant récompense. Il n'en est pas moins vrai que si dans l'un ou l'autre cas la communauté faisait l'avance de ses deniers, il lui en serait dû récompense.

Si le mari échoue dans sa demande, les frais restent définitivement à la charge de la communauté.

Pour le cas où le divorce serait prononcé aux torts réciproques des deux époux, et où les dépens seraient compensés conformément à l'article 131 du Code de procédure civile, la jurisprudence ⁽³⁾ décide que la femme n'a pas de recours contre son mari pour les frais qu'elle a pu faire. Elle doit les supporter personnellement ; si la communauté les payait, il y aurait lieu à récompense.

Concluons donc que si les deux époux succombent ensemble dans l'instance, il y a lieu d'appliquer à chacun d'eux les règles ci-dessus : les frais dus par le mari sont à la charge de la communauté, ceux dus par la femme simplement autorisée de justice sont, jusqu'à concurrence de la provision *ad litem*, supportés par la communauté à charge de récompense,

(1) Troplong, II, n. 952 ; Rodière et Pont, II, n. 814 ; Guillouard, II, n. 842 ; Laurent, XXII, n. 82 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, I, p. 815. — C. Douai, 4 juill. 1854, D., 54. 5. 400. 12. — Cass. civ., 5 juill. 1865, S., 65. 1. 340. Ces deux arrêts rendus en matière de séparation de corps. — Cass. req., 9 juin 1898, D., 99. 1. 198.

(2) Rodière et Pont, II, n. 814 ; Guillouard, II, n. 840.

(3) On tire argument de l'arrêt de la C. cass. du 5 juillet 1865, précité.

et pour le surplus, s'il y en a, supportés par la femme seule sans que la communauté en soit tenue.

Dans tous les cas, le montant de la récompense qui peut être due à la communauté est égal aux sommes qu'elle a déboursées.

En ce qui concerne la provision *ad litem*, la récompense est due même lorsque la demande de la femme a été accueillie : étant *dépourvue de tout caractère alimentaire, elle ne constitue jamais qu'une avance restituable*, sauf règlement des frais du procès, comme il a été indiqué ci-dessus (1).

*
* * *

Bien plus complexe est la nature juridique de la pension alimentaire qui peut, pendant la durée de l'instance en divorce, être allouée soit au mari (2), soit à la femme. La femme (car en pratique c'est toujours elle qui est l'objet de cette mesure), doit-elle imputer cette pension alimentaire sur ses reprises ? En d'autres termes, cette indemnité versée par le mari a-t-elle le caractère d'une pension alimentaire proprement dite, ou au contraire a-t-elle un caractère provisionnel, par conséquent n'est-elle qu'une simple avance ?

Ces deux opinions ont trouvé des défenseurs : nous verrons que la vérité se trouve dans une solution mixte.

MM. Vraye et Gode (3) soutiennent que la provision alimentaire servie pendant l'instance constitue toujours une avance dont la récompense est due par celui qui en a profité : la théorie est basée sur la rétroactivité du jugement de

(1) Cass. req., 9 juin 1898 précité, note 4 et 7.

(2) Un mari, à raison de son manque de fortune, pourrait obtenir de sa femme une provision alimentaire : ce cas assez rare se présentera par exemple lorsque la femme aura été autorisée par le président à rester à la tête d'un fonds de commerce qui est son œuvre personnelle.

(3) Vraye et Gode, *op. cit.*, II, p. 100 ; Duranton, II, n. 595, p. 550.

divorce quant aux droits pécuniaires des époux : en effet, à partir de la demande le mari n'a pu percevoir les revenus de la femme qu'à charge de les rendre ; en outre, il lui doit compte des intérêts de ses reprises. Comme d'autre part la communauté n'a plus à supporter les charges du mariage, qui donc va supporter définitivement le montant de cette pension ? N'est-il pas naturel d'établir une balance entre ce que doit le mari à la femme et ce que doit la femme au mari ?

Dès lors, le mari ne peut-il pas soutenir que la pension alimentaire n'est qu'une avance imputable sur ce qui revient à la femme d'après la liquidation de la communauté ⁽¹⁾ ? Nous avons déjà répondu par avance à cette théorie, en démontrant que l'effet rétroactif de l'article 252 ne s'appliquait qu'aux conventions matrimoniales. Du reste, si le droit aux aliments est un droit pécuniaire dans ses effets, il est dans sa cause un droit essentiellement moral résultant de la qualité d'époux qui subsiste tant que dure le mariage.

Faut-il alors admettre l'opinion inverse et décider que ces provisions alimentaires basées sur l'obligation de secours et d'assistance prévue par l'article 212 du Code civil ne sont pas sujettes à remboursement ? Elles auraient pour le tout le caractère de véritables pensions alimentaires qui par leur nature ne sont pas restituables ⁽²⁾. Cette solution doit également être repoussée.

Pour déterminer le véritable caractère de la pension ali-

⁽¹⁾ Cass. req., 22 juillet 1889, D., 90. 1. 421 et la note. — Cass. req., 7 janv. 1890, D., 91. 1. 256. — Cass. req., 9 juin 1898, D., 99. 1. 198. — (Cette pension alimentaire doit être payée jusqu'à l'issue de la liquidation. C. Orléans, 25 nov. 1898, D., 1902. 2. 156, en matière de séparation de corps).

⁽²⁾ Trib. de la Seine, 27 mai 1887, *Le Droit*, 22 juin 1887. — C. Paris, 13 déc. 1895, D., 96. 2. 418. — C. Grenoble, 10 fév. 1903, D., 1904. 2. 269. — Cpr. C. Besançon, 9 janv. 1901, D., 05. 2. 217, note de M. Paul Pic.

mentaire, il faut attendre les résultats de la liquidation. Cette provision alimentaire, ordonnée par le juge dès la citation en conciliation, n'est pas à proprement parler une pension alimentaire, calculée conformément à l'article 208 du Code civil, proportionnellement aux besoins de celui qui la réclame et à la fortune de celui qui la doit. Au jour de la demande le juge manque de toutes bases sérieuses d'appréciation : il ne peut que statuer provisoirement, sauf à revenir sur sa décision. Cela fut très bien mis en lumière par un jugement du tribunal de la Seine du 21 décembre 1888 ⁽¹⁾ : « Attendu » que le caractère de cette pension est nécessairement variable et dépend des résultats de la liquidation à intervenir » entre les époux ; qu'au moment où elle est allouée, le tribunal n'a pas les éléments d'appréciation nécessaires pour » savoir si la situation de fortune respective des époux est » telle qu'elle donne à la femme le droit d'exiger des aliments au sens propre du mot ; qu'il suit de là qu'à l'origine » la pension allouée à la femme pour lui permettre de vivre » pendant l'instance n'est, en principe, que purement provisoire ; que les sommes qui lui sont versées à ce titre par le » mari ne sont en l'état que des avances dont il devra être » tenu compte à celui-ci lors de la liquidation ; mais *que » cette liquidation étant faite, il appartient au tribunal de » déterminer rétroactivement le véritable caractère — alimentaire ou provisionnel — de la pension par lui précédemment allouée ».*

Il appartient donc au tribunal de décider si les sommes versées par le mari à titre de pension sont, en tout ou en partie, définitivement acquises par la femme comme lui

⁽¹⁾ Trib. de la Seine, 21 déc. 1888, *Le Droit*, 31 déc. 1888. — Trib. de la Seine, 13 déc. 1887, *Le Droit*, 1^{er} janv. 1889.

ayant été payées en exécution de l'obligation alimentaire (art. 212), ou imputables sur le montant de ses reprises.

Il arrive en effet souvent, dans la pratique, qu'une femme, bien qu'étant propriétaire d'une fortune considérable, ait le droit de réclamer à son mari une provision alimentaire, surtout si, comme dans le cas qui nous occupe, elle est mariée sous le régime de la communauté légale. Le mari, dans son compte d'administration, portera en dépense les sommes qu'il aura ainsi avancées à sa femme : mais la jurisprudence ne lui accorde ce droit que jusqu'à concurrence du montant des droits de la femme, cette dernière ne pouvant pas être tenue à un paiement effectif⁽¹⁾.

Nous nous rallierons à la règle posée par MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau⁽²⁾, la liquidation étant terminée, « si les revenus et intérêts remboursés à la femme sont supérieurs à la pension allouée, cette pension aura, pour le tout, un caractère *provisionnel* et n'aura été qu'une avance ; si les revenus et intérêts sont inférieurs, la pension sera considérée comme une avance jusqu'à concurrence des revenus à restituer et, pour le surplus seulement, elle aura le caractère *d'une véritable pension alimentaire* qui reste due, tant que subsistent les devoirs des époux, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage, qui se place au jour où est opérée la transcription du divorce ».

Par application de cette règle, il faut décider, lorsque le mari a été condamné à payer à la femme une pension alimentaire jusqu'à l'issue de la liquidation, que *la provision versée*

(¹) C. Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385. — C. Nancy, 21 fév. 1903, D., 04. 2. 452.

(²) Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des personnes*, III, p. 122, n. 201. — Trib. de la Seine, 25 juin 1897, *Le Droit*, 15 oct. 1897. — Cass. req., 6 juin 1905, D., 06. 1. 76. — Defrénois, *op. cit.*, II, 4^e éd., n. 6812.

depuis la dissolution du mariage n'est plus qu'une simple avance sur les droits de la femme : pour le cas où les intérêts des reprises seraient insuffisants, le mari est autorisé à imputer ces sommes sur le capital ⁽¹⁾.

Si les deniers de la communauté ont servi à fournir cette pension alimentaire, il lui en est dû récompense, mais seulement dans la mesure où cette provision ne constitue qu'une simple avance.

*
* * *

La communauté aura droit à récompense lorsque ses deniers auront servi soit à racheter une servitude passive grevant l'immeuble propre d'un époux, soit à acquérir une servitude active en faveur de ce même immeuble. L'époux propriétaire, qui de ce fait s'enrichira aux dépens de la communauté, sera tenu de l'indemniser (art. 1437 al. 1); il y aura encore lieu à rapporter à la communauté toutes les sommes qu'elle aura versées en vue du recouvrement, de la conservation ou de l'amélioration des propres.

On peut conserver les biens personnels des époux : soit au moyen d'actes purement juridiques qui font rester ou rentrer les propres dans le patrimoine des conjoints comme l'exercice, au cours du mariage, de la faculté de rachat qu'un époux s'était réservée dans une vente antérieure au mariage ou la ratification d'une vente immobilière faite à cet époux antérieurement au mariage; soit encore au moyen d'actes simplement matériels comme les réparations.

Dans la première hypothèse, la récompense est toujours de la somme totale fournie par la communauté pour le recouvrement ou la conservation d'un propre, l'époux propriétaire s'est enrichi d'autant aux dépens du fonds commun.

(1) Trib. de la Seine, 6 février 1906, *Journ. du not.*, 1906, p. 341.

Quant aux actes qui ont trait à la conservation matérielle des propres, il faut distinguer entre les réparations d'entretien, qui restent définitivement à la charge de la communauté, et les grosses réparations, qui constituent des dettes personnelles aux époux et qui ne sont supportées par la communauté qu'à charge de récompense (art. 606).

La quotité de la récompense variera suivant qu'il s'agira d'*impenses nécessaires*, d'*impenses utiles* ou d'*impenses voluptuaires* ⁽¹⁾.

Dans le premier cas, le montant de cette récompense sera égal au total des sommes déboursées par la communauté, alors même que le profit réalisé par l'époux propriétaire serait nul.

Dans le deuxième cas, au contraire, la récompense sera déterminée par le montant des dépenses ou du moins par la plus-value procurée au fonds si elle était moins élevée que le chiffre des dépenses.

Cette récompense étant fixée d'après le profit réalisé par l'époux, si les dépenses faites par la communauté étaient inférieures à cette plus-value, l'indemnité due au patrimoine commun ne saurait dépasser le montant des sommes qu'il a déboursées.

Enfin, quant aux impenses voluptuaires qui sont celles de pur agrément, et qui n'ont procuré au fonds aucune augmentation de valeur, elles ne donnent lieu à aucune récompense.

Après le jour de la demande cette distinction des impenses en trois catégories n'a plus de raison d'être. Toutes les dépenses, quelles qu'elles soient, relatives à un bien propre constituent désormais des dettes personnelles qui devront être supportées par l'époux propriétaire du bien qui les aura

(1) Fuzier-Herman, *vo Communauté*, n. 1537-1538. — C. Paris, 27 fév. 1901, D., 01. 2. 486, la note et les renvois.

nécessités. Si elles étaient acquittées à l'aide de biens communs, la communauté aurait droit au remboursement intégral des dépenses par elle supportées.

Enfin l'article 1437, après avoir énuméré les cas les plus fréquents qui donnent lieu à récompense, pose ce principe : « Et généralement, toutes les fois que l'un des époux a tiré » un profit personnel des biens de la communauté, il en doit » la récompense ».

La généralité des termes employés par ce texte permet de faire rentrer sous ce principe une multitude de cas; nous ne rappellerons que ceux qui, dans la pratique, présentent certaines difficultés.

Lorsque la communauté se dissout par le divorce, le mari titulaire d'un office ministériel peut retenir sa charge à titre de propre, sauf récompense à la communauté. Seule, la valeur vénale de l'office tombe dans le patrimoine commun; le titre reste inséparable de la personne du titulaire ⁽¹⁾.

La constitution d'une rente viagère moyennant l'aliénation d'un immeuble commun peut, dans certains cas, être pour la communauté une cause de récompense.

Sans doute, lorsque la rente est constituée sur la tête d'un seul époux ou sur la tête des deux époux mais sans clause de réversibilité, cette rente est un acquêt de communauté; elle se partage par moitié entre les époux comme tous les biens communs. Il ne peut y avoir lieu à récompense ⁽²⁾.

Mais en est-il de même encore lorsque l'acte de constitution renferme une clause de réversibilité au profit du survivant qui aura alors un droit exclusif à la rente?

⁽¹⁾ C. Douai, 14 fév. 1863, S., 64. 2. 109. — Cass. req., 6 janv. 1880, S., 81. 1. 49, note de Labbé. — Pour la plus-value, v. C. Bordeaux, 17 fév. 1886, D., 86. 2. 119. — Cass., req., 14 avril 1893, D., 93. 1. 351. — V. *supra*, p. 125 note 1.

⁽²⁾ C. Poitiers, 1^{er} août 1872, S., 72. 2. 203.

Comme en cas de divorce les deux époux sont encore vivants à l'époque de la liquidation, le notaire n'a pas à tenir compte de la clause de réversibilité : il liquidera la communauté provisoirement en faisant abstraction de cette stipulation. Il attribuera à chaque époux la moitié de la rente, sauf au survivant, lors de la mort de son conjoint, à réclamer le bénéfice de la clause de réversibilité.

Nous avons vu, dans la première partie de notre travail, qu'une jurisprudence constante validait cette clause de réversibilité et mettait à la charge de l'époux bénéficiaire qui tirait ainsi un profit personnel des biens communs une récompense au profit des héritiers de l'époux décédé ⁽¹⁾. Le droit des héritiers est restreint en réalité à la moitié du bénéfice réalisé par l'époux survivant; il serait de la totalité, si c'était la femme qui survivait après avoir répudié la communauté.

La majorité des arrêts posent en principe que le montant de la récompense due par le survivant est égal à la valeur estimative de la rente au moment du décès de l'époux pré-mourant; l'époux survivant devrait, en conséquence, *récompense d'une somme équivalente à celle qu'il aurait à verser, le jour du décès de son conjoint, pour se constituer une rente égale à celle qu'il recueille* ⁽²⁾.

La solution la plus équitable serait de faire rapporter au survivant les sommes totales des arrérages qu'il aurait perçus jusqu'à sa mort ⁽³⁾; mais on ne peut attendre, il faut bien une liquidation définitive.

(1) Cass. req., 29 avril 1851, D., 52. 1. 25. — V. not. Cass. req., 16 déc. 1867, D., 68. 1. 270. — Cass. civ., 20 mai 1873, D., 74. 1. 72. — C. Paris, 26 juin 1880, D., 80. 2. 207. — C. Lyon, 6 janv. 1881, D., 82. 2. 169. — C. Paris, 6 nov. 1903, D., 04. 1. 177.

(2) V. C. Lyon, 6 janv. 1881, précité. — C. Amiens, 4 avril 1889, S., 89. 2. 164 (les notes et renvois). — Guillouard, II, n. 1014.

(3) C. Douai, 3 déc. 1891, et Cass. civ., 4 déc. 1894, D., 95. 1. 354 et la note.

La jurisprudence procède à l'estimation de la rente au jour du décès de l'époux en prenant pour base le *capital*, à l'aide duquel la rente a été constituée ⁽¹⁾; il se peut fort bien, avec une telle évaluation, que le conjoint survivant ne retire de l'attribution exclusive de la rente aucun profit personnel.

Bien plus, cet époux peut être en perte si on suppose que la communauté a duré encore quelques années après la constitution de la rente : le capital aliéné représente plus que le profit retiré par l'époux survivant, puisqu'il a été remboursé pour partie sous forme d'arrérages touchés pendant la vie des deux époux. Va-t-on obliger cet époux à rembourser à la communauté la somme qu'elle a versée si le profit retiré est de beaucoup inférieur ? Ce serait contraire à la théorie des récompenses posée dans l'article 1437. Cependant, quelques arrêts ont admis cette solution ⁽²⁾. C'est le système préconisé par l'Administration de l'enregistrement ⁽³⁾ pour la perception des droits de mutation par décès ; elle prend pour base le montant du capital déboursé par la communauté pour la création de la rente ⁽⁴⁾, et, à défaut de capital constitué ou aliéné, un capital formé de dix fois la rente ⁽⁵⁾. Il est à peine nécessaire de faire remarquer ce que ce système contient d'injustice ! Il n'est fondé que sur des dispositions de la loi fiscale ; il ne saurait être étendu dans le domaine du droit civil.

Pour parer à ces critiques, on a essayé de tabler sur la durée moyenne de la vie. Partant de cette idée, un arrêt de

⁽¹⁾ *Rép. pér. de l'enreg.*, n. 6361, 1884, p. 460.

⁽²⁾ Cass. req., 29 avril 1851, précité. — Trib. civ. Rouen, 18 mars 1869, D., 70. 3. 114. — Trib. Baugé, 2 déc. 1873, et Trib. Angers, 14 fév. 1874, *Rép. pér. de l'enreg.*, n. 4498.

⁽³⁾ *Instr. de l'enreg.*, n. 2355, § 6 *in fine*.

⁽⁴⁾ Art. 14, n. 6, loi 22 frimaire an VII.

⁽⁵⁾ Art. 14, n. 9, loi 22 frimaire an VII.

la cour de Paris du 6 novembre 1903 ⁽¹⁾ voit dans le capital aliéné par les époux communs pour acquérir une rente réversible sur la tête du survivant deux éléments distincts : le prix d'une rente qui s'éteindrait au décès du premier mourant des époux, et celui d'une autre rente qui prendrait naissance à cette date en faveur de l'autre époux. Cette seconde rente constitue seule le profit personnel du survivant, et par conséquent, son prix seul est sujet à récompense : ce prix consiste dans la somme que la communauté a dû verser pour obtenir que la rente soit réversible sur la tête du survivant des époux. Il faut se placer, pour l'évaluation de cette somme, à l'époque de la constitution de la rente et non à la date du décès du prémourant : on se servirait, pour déterminer le chiffre exact de la réversibilité, des tarifs des compagnies d'assurances.

Mais si ces dernières peuvent, en raison de la multiplicité de leurs opérations, tabler sur une durée moyenne de la vie, on ne peut raisonnablement transporter ce même calcul, lorsqu'il s'agit de deux personnes seulement.

En résumé, l'opinion adoptée par la jurisprudence enlève aux constitutions de rentes viagères réversibles entre époux communs en biens toute leur portée pratique et toute leur valeur économique. Il serait préférable de repousser toute idée de récompense, soit que l'on admette la théorie de M. Lyon-Caen ⁽²⁾, qui y voit une double libéralité, soit que l'on adopte celle de Troplong ⁽³⁾, qui analyse cette convention en un contrat aléatoire et à titre onéreux.

Enfin, de la rente viagère nous devons rapprocher l'assurance sur la vie contractée par un époux commun au profit

⁽¹⁾ C. Paris, 6 nov. 1903, D., 04. 2. 177, et la note de M. Coquelin.

⁽²⁾ Lyon-Caen, S., 77. 2. 33.

⁽³⁾ Troplong, *Des contr. aléat.*, p. 254, et *Du contr. de mar.*, II, n. 1200.

de l'autre et l'assurance réciproque contractée par les deux époux au profit du survivant. Nous avons vu au moyen de quels principes juridiques la jurisprudence faisait rentrer cette assurance réciproque dans la première hypothèse.

La jurisprudence voit dans cette opération une stipulation pour autrui de la part de l'époux qui contracte l'assurance et reconnaît, par conséquent, à l'époux bénéficiaire un droit *propre, direct et personnel sur le capital assuré* ⁽¹⁾. Mais lorsque les primes ont été payées au moyen des deniers communs, l'époux qui touche le capital stipulé tire des biens de la communauté un profit personnel dont il doit récompense; la jurisprudence l'oblige ainsi à rapporter le *montant des primes*, sans toutefois que cette récompense puisse dépasser les sommes déboursées par la communauté, quelque grand qu'ait été le profit retiré par l'époux bénéficiaire et sans que le montant des primes soit supérieur au bénéfice procuré par l'assurance ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Néanmoins, *en matière fiscale*, il est généralement admis que le bénéfice de l'assurance contractée par l'un des époux sur sa tête au profit de l'autre constitue un *acquêt*. Il n'y aurait libéralité que pour moitié. Charleville, 29 août 1879, *R. P.*, 5490. — Melun, 23 déc. 1887, *R. P.*, 7034. — Nancy, 20 mai 1891, *R. P.*, 7662. — Seine, 17 mars 1894, *R. E.*, 785. Avec cette doctrine il ne peut être dû de récompense à la communauté en raison du paiement des primes.

En cas de renonciation à la communauté par la femme, il y aurait libéralité pour le tout. Lille, 20 déc. 1878, *R. P.*, 5337.

Au contraire, l'administration de l'enregistrement voit dans l'assurance mutuelle contractée au profit du survivant des époux communs en biens un contrat commutatif et aléatoire qui a pour effet à l'événement de rendre le survivant propriétaire exclusif du capital assuré, mais à la charge de fournir une récompense à la communauté pour le montant des primes qu'elle a déboursées. Sol., 28 fév. 1878, *R. P.*, 4885. — Cambrai, 22 août 1878, *R. P.*, 5172. — Clermont, 16 mai 1879, *R. P.*, 5417.

⁽²⁾ C. Douai, 16 janv. 1797, *D.*, 97. 2. 425. — C. Amiens, 18 mai 1897, *D.*, 98. 2. 369, avec les dissertations de M. Dupuich. — C. Nancy, 16 mars 1901, *D.*, 02. 2. 170. — Dumaine, *Du contr. d'assur. sur la vie en dr. civ. et en dr. fisc.*, p. 70 et s. — V. à notre chap. I, § 2, p. 60, comment la jurisprudence essaie d'éviter cette obligation à récompense.

Cette question d'assurance sur la vie ne se présentera pas souvent entre conjoints divorcés; il est vraisemblable, en effet, que l'époux stipulant, animé de sentiments de haine contre son ancien conjoint, usera de son droit de révocation à l'égard de cette libéralité. De même que pour toute libéralité entre époux, la révocation lui est toujours permise même après l'acceptation de son conjoint ⁽¹⁾.

*
* * *

Nous connaissons ainsi dans leurs grandes lignes les créances et les dettes de chaque époux. Le notaire liquidateur a fait la balance; le reliquat indique la situation de chacun.

Dès lors, différentes hypothèses peuvent se présenter : ou bien les deux époux ne sont ni créanciers, ni débiteurs de la communauté, tout est fini, il n'y a plus qu'à procéder au partage; ou bien les deux conjoints sont débiteurs de la communauté, ils font alors rentrer dans la masse ce qu'ils lui doivent; on dit qu'ils sont *tenus au rapport*; ou bien enfin ils sont créanciers de la communauté, ils exercent leurs reprises par *voie de prélèvement*.

Ce sont là les deux opérations qu'il nous reste à examiner avant d'arriver au partage ⁽²⁾.

§ III. *Des rapports à la communauté.*

L'article 1468 est ainsi conçu : « Les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récom-

⁽¹⁾ C. Paris, 10 mars 1896, S., 98. 2. 245. — C. Amiens, 4 août 1898, D., 02. 2. 24 et les arrêts cités dans la note. — Trib. de Nantes, 15 mai 1899, Rennes, 5 déc. 1899, D., 1903. 2. 377 et la note de M. Dupuich.

⁽²⁾ C. Besançon, 17 janv. 1883, D., 83. 2. 163.

» pense ou d'indemnité, d'après les règles ci-dessus prescrites, à la section II de la première partie du présent chapitre ».

Ce rapport constitue une opération préliminaire au partage, c'est *un procédé spécial de paiement*. Il en résulte qu'il ne saurait être employé pour le règlement des récompenses qui peuvent naître à la charge des époux après le jour de la demande jusqu'à la transcription du jugement de divorce. En effet, la communauté a disparu, il ne peut plus être question de récompenses proprement dites. Nous avons vu que tout se réglait désormais au moyen d'indemnités dues par un des époux à l'autre : l'article 1468 ne leur est pas applicable. Elles restent désormais nécessairement soumises aux principes du droit commun, les règles de la confusion et de la compensation légale pourront donc s'appliquer.

Il en est autrement des récompenses proprement dites : la loi a créé en leur faveur un mode spécial de liquidation. Le *procédé légal est celui du rapport*.

Ces récompenses constituant des dettes des époux vis-à-vis de la communauté, il s'en suit que les conjoints devraient en principe les acquitter, comme tout débiteur ordinaire, en versant effectivement dans la masse commune les sommes dont ils sont redevables ; telle serait la règle, le rapport fictif serait au contraire l'exception, et il ne devrait être permis que comme procédé de simplification, lorsqu'il aboutirait aux mêmes résultats que le rapport en nature ⁽¹⁾. MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville ⁽²⁾, pensent au contraire que la règle en matière de biens mobiliers est plutôt le rapport en moins prenant (art. 868) et que le rapport en

⁽¹⁾ Guillouard, II, n. 1017.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 355. — Cass. civ., 8 fév. 1882, S., 82. 1. 224, en matière de rapport à une société.

nature est facultatif et n'a rien d'obligatoire pour l'époux débiteur. Le versement effectif des deniers à la masse avant le partage est, en effet, bien peu pratique : « Avec quoi, » ajoutent ces auteurs, veut-on que l'époux, avant le partage, » s'acquitte envers la communauté de ce qu'il peut lui devoir ? » La communauté légale, qui a dû préoccuper avant tout le » rédacteur de l'article 1468, ne laisse guère au conjoint » que des biens propres immobiliers. Va-t-il être obligé de » les aliéner pour verser de l'argent comptant à la masse ?... » Cela serait d'autant plus stupide que ce rapport peut être » de beaucoup inférieur à la part de l'époux dans la communauté » nauté ».

Quoi qu'il en soit, c'est l'opinion contraire qui triomphe en doctrine, mais la pratique sait sagement écarter ces conséquences fâcheuses en faisant usage du rapport en moins prenant employé dans les rapports à succession. Mais ce procédé ne saurait être érigé en règle, puisqu'il n'est possible que dans les cas où il ne porte pas atteinte aux droits des époux eux-mêmes et aux droits des tiers.

*
* *

Supposons qu'un seul époux soit débiteur de la communauté : si on appliquait les règles de droit commun, la moitié de la dette s'éteindrait par confusion, l'autre époux serait créancier de son conjoint dans la mesure où la dette subsisterait. Ce procédé porterait préjudice non seulement aux créanciers de la communauté en diminuant l'émolument de cette communauté, mais encore à l'autre époux en cas d'insolvabilité du débiteur du rapport.

L'article 1468 considère la communauté comme une tierce personne et efface par une fiction momentanée la qualité de commun et d'associé dans la personne de l'époux débiteur,

la règle est que l'époux débiteur d'une récompense doit rapporter à la masse l'indemnité qui lui est due ; c'est là une obligation stricte que la femme, même en renonçant, ne saurait éviter. En effet, pour composer la masse partageable il faut ajouter aux biens existants la valeur des sommes soumises au rapport ; cette masse globale seulement, après déduction des prélèvements s'il y a lieu, sera partagée entre les époux. Ainsi, les biens communs étant de 20.000 francs, si l'époux débiteur doit 10.000 francs, la valeur de la masse partageable sera de 30.000 francs, soit pour chaque époux un émolument de 15.000 francs. Si l'époux débiteur rapporte réellement ses 10.000 francs, rien n'est plus simple : le partage se fait par moitié.

Ce procédé peut être gênant et très souvent inutile, aussi la pratique emploie-t-elle de préférence le *rapport fictif*. C'est ainsi que le notaire liquidateur a le choix entre divers procédés d'après les convenances des parties. Ces procédés sont au nombre de trois :

Le premier consiste à faire figurer sur le papier le montant de la récompense, comme s'il y avait eu versement effectif. Puis le notaire fait deux lots : dans le premier, il *précompte* cette somme sur la part de l'époux débiteur, c'est-à-dire, pour reprendre notre exemple, il lui attribue une somme de 5.000 francs et la somme de 10.000 francs, objet de son rapport. Mais ce procédé ne se prête pas au tirage au sort des lots. — Ou bien, le notaire peut encore, avec l'assentiment des parties, partager l'actif sans distinction : la créance de la communauté se trouve dans l'un ou l'autre lot.

L'époux débiteur peut ainsi être son propre débiteur et voir sa dette s'éteindre par confusion suivant le sort des lots. Ce procédé a l'avantage de s'accommoder avec le tirage au sort.

Une seconde méthode, dite de *prélèvement*, permet à l'époux non débiteur de prendre sur l'actif de la communauté, abstraction faite du rapport de 10.000 francs, une somme égale à celle due par son conjoint. Les 10.000 francs qui restent sont partagés par parts égales entre les conjoints. Le rapport réel est donc remplacé par un prélèvement au profit de l'autre époux.

Ce procédé a l'avantage d'être admissible dans toutes les hypothèses, mais le choix accordé aux époux par l'article 1471 pour exercer le prélèvement de leurs reprises leur est retiré dans les rapports en moins prenant ⁽¹⁾.

Si les parties sont d'accord, elles peuvent encore employer un mode de règlement appelé *méthode du mi-denier*. Dans ce procédé, on traite la créance de la communauté contre l'époux comme se divisant de plein droit entre les conjoints, conformément à l'article 1220. Ainsi, après le partage, l'époux débiteur se trouve libéré de moitié grâce à la confusion; mais il reste débiteur de l'autre moitié envers son conjoint. Il ne s'agit plus que d'une dette ordinaire dont l'exécution peut être poursuivie d'après les règles du droit commun. Cette simplification suppose que les deux parties sont majeures et maîtresses de leurs droits : elle constitue, en effet, une dérogation à la règle qui veut que les rapports des récompenses dues par les époux à la communauté aient lieu avant le partage.

Afin d'éviter toute erreur dans ces opérations assez délicates, MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville ⁽²⁾ nous donnent un moyen de preuve d'une grande simplicité : il consiste à supposer que « l'époux débiteur a versé réellement dans la masse à partager la somme par lui due. Ceci

⁽¹⁾ Par analogie, C. Lyon, 3 mars 1841, S., 41. 2. 347.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 362.

» posé, si le rapport en moins prenant ou toute autre combinaison imaginée par le liquidateur n'a pas un résultat identique, c'est qu'il a été commis quelque part une erreur ou que, dans l'espèce, l'application du procédé employé est malencontreuse ».

Toutefois, l'emploi de l'un ou de l'autre de ces procédés de liquidation ne saurait être admis lorsqu'il cause préjudice soit à l'un des époux, soit aux créanciers de la communauté. Par exemple, on ne peut admettre le rapport fictif quand la part de la communauté revenant à l'époux débiteur est inférieure à la somme qu'il doit rapporter, ou bien encore quand l'actif de la communauté est absorbé soit par les reprises d'un époux, soit par les dettes communes : dans tous ces cas le rapport se fait réellement pour permettre soit à l'époux de prélever ses reprises ⁽¹⁾ (art. 1471), soit aux créanciers de se payer sur les fonds communs.

Quant à l'émolument de la femme il est toujours calculé de la même manière. On doit y faire comprendre non seulement les sommes dont elle est libérée en les précomptant sur sa part, mais encore celles qui ont fait l'objet soit d'un prélèvement en faveur du mari, soit d'un partage par mi-denier.

Même lorsque le rapport doit être effectué réellement, il peut n'être pas indifférent que ce rapport se fasse à la masse mobilière ou à la masse immobilière : par exemple si deux époux se sont fait donation mutuelle de tout le mobilier que le prémourant laisserait à son décès. Sans doute, momentanément le notaire ne peut pas tenir compte de cette convention, il doit liquider provisoirement d'après le droit commun, sauf pour l'époux qui aura obtenu le divorce le droit de se prévaloir de cette donation lors du décès de son conjoint.

(1) Cass. civ., 16 avril 1862, D., 62. 1. 276.

Cependant il faut reconnaître que c'est là une hypothèse peu pratique, l'époux non coupable ne peut se prévaloir que des donations faites dans son contrat de mariage et nous avons adopté le régime légal ! Quant aux donations faites pendant le mariage, il est vraisemblable que l'époux donateur usera à leur égard de son droit de révocation (art. 1096).

Il peut dans certains cas être important de se préoccuper de la qualité de la créance qui est déterminée par la nature de la chose sortie de la communauté. Ainsi si les deniers communs ont servi à acquitter une dette personnelle à l'un des époux, l'indemnité revient à la masse mobilière ; il en serait tout autrement si un immeuble commun avait servi à doter un enfant d'un premier lit : dans ce cas la créance de la communauté est immobilière. L'immeuble n'étant pas rapporté en nature, la valeur en argent revient à la masse immobilière (*).

*
* * *

Supposons maintenant que les deux époux soient débiteurs de récompenses envers la communauté. Chacun pourrait rapporter réellement à la masse ce dont il est débiteur, mais ici encore le procédé pratique est le *rapport fictif*. Lorsque les deux époux sont d'accord, le notaire procède par voie d'attribution et forme deux lots en précomptant sur la part de chaque époux la somme dont il est débiteur envers la communauté. Comme on le voit, ce partage ne se prête pas au tirage au sort des lots.

En cas de partage judiciaire, le rapport en moins prenant se fait au moyen d'un prélèvement : chaque époux prend sur la masse commune une valeur égale à la somme à rapporter

(*) Cass. req., 16 février 1852, S., 53. 1. 18 et les observations de M. Hardouin, conseiller rapporteur.

par l'autre conjoint. Ce qui reste de l'actif est partagé en deux lots égaux qui sont tirés au sort.

D'autres simplifications peuvent encore être apportées en appliquant les règles de la confusion et de la compensation. En effet, l'idée d'une libération réciproque se présente naturellement à l'esprit. On considère les créances de la communauté comme se divisant de plein droit entre les conjoints : chaque époux se déclare libéré par confusion jusqu'à concurrence de la moitié de ce qu'il doit ; pour l'autre moitié, il reste débiteur de son conjoint.

On peut encore appliquer les règles de la compensation, lorsque chaque époux se trouve être débiteur de la communauté : s'agit-il là d'une compensation légale ? Il est certain que ce mode pratique de simplification ne peut être qu'une compensation judiciaire : après la transcription du jugement de divorce, la femme ayant retrouvé sa pleine capacité civile, nos deux époux peuvent procéder comme bon leur semble au règlement de leurs intérêts.

La compensation ne peut pas avoir lieu de plein droit, car les époux ne sont pas débiteurs l'un de l'autre, ils doivent à une troisième masse de biens, à un troisième patrimoine différent du leur. Sans doute, la communauté n'est pas une personne morale, mais nous lui avons reconnu une existence propre avec un patrimoine propre et des règles nettement déterminées par la loi. C'est ainsi que le code établit une distinction très nette entre les récompenses dues par les époux à la communauté et les dettes dont les époux sont tenus l'un envers l'autre. Pour les premières, il a édicté des règles spéciales ; les secondes, au contraire, restent soumises au droit commun.

En faveur de la compensation légale, on serait tenté d'ajouter encore que, lors de la dissolution de la commu-

nauté, les récompenses qui lui sont dues se divisent de plein droit entre le mari et la femme acceptante. Chacun des époux est débiteur vis-à-vis de lui-même de la moitié des récompenses qu'il doit à la communauté, dans cette mesure il y aurait confusion; pour l'autre moitié, il en resterait tenu vis-à-vis de son conjoint : comme les deux époux sont débiteurs de récompenses, leurs dettes réciproques s'éteindraient par voie de compensation.

Ce raisonnement a le grave défaut d'intervertir l'ordre des opérations de la liquidation, tel qu'il a été établi par la loi ⁽¹⁾. Les articles 1468 et suivants prescrivent : 1° *le rapport des récompenses dues à la communauté*; 2° *le prélèvement des récompenses dues par la communauté*. Après ces opérations seulement il y a lieu de procéder au partage. Or la règle de la division de plein droit des dettes et des créances ne s'applique et ne peut s'appliquer qu'aux biens définitivement compris dans la masse partageable.

D'ailleurs si ces opérations de simplification sont le résultat de la libre volonté des époux, on doit admettre cependant que le rapport fictif en moins prenant ne pourrait être opposé aux tiers, s'il portait atteinte à leurs droits, et ne saurait être imposé par l'un des conjoints à l'autre, si celui-ci avait un juste motif de ne pas l'accepter ⁽²⁾.

C'est ainsi que la compensation ne saurait avoir lieu au préjudice d'une saisie-arrêt, dont les créanciers du mari auraient frappé les récompenses dues par la femme à la communauté ⁽³⁾. Cette saisie-arrêt oblige au paiement effectif des récompenses.

De même, il faut reconnaître aux créanciers communs qui

(1) De Loynes, note D., 90. 2. 137.

(2) C. Amiens, 10 avril 1861, D., 61. 2. 413.

(3) C. Agen, 11 juil. 1862, D., 62. 2. 165.

n'ont pas pratiqué de saisie arrêt le droit de s'opposer à la compensation et d'exiger le paiement effectif des récompenses; cette compensation ayant pour effet de diminuer leur gage commun et de les obliger à se retourner contre le mari.

De même encore les dettes éteintes par compensation, quand elle a lieu, doivent être ajoutées à la masse pour le calcul de l'émolument de la femme.

Mais, quand il n'y a pas de créanciers communs, le mari a-t-il intérêt à s'opposer à la compensation? Beaucoup d'auteurs le pensent, voici leur raisonnement. Supposons que la communauté comprenne 10.000 francs de biens existants, le mari doit une récompense de 10.000 francs, la femme doit également 10.000 francs. Les reprises de la femme sont de 30.000 francs. Si on opère la confusion puis la compensation, les dettes du mari et de la femme sont éteintes pour le tout, une moitié par confusion, l'autre moitié par compensation. Il ne reste dans la communauté que 10.000 francs qui seront insuffisants pour payer les 30.000 francs de reprises. La femme va prélever les 10.000 francs de la communauté et elle aura recours pour 20.000 francs sur les biens du mari. Le mari perd ainsi 10.000 francs. Au contraire, si le rapport avait eu lieu effectivement, la communauté aurait compris 30.000 francs, somme suffisante pour désintéresser la femme, le mari n'aurait déboursé que 10.000 francs.

Nous ne croyons pas que cette solution doive être acceptée : le mari n'a aucun intérêt à repousser la confusion et la compensation. La femme est obligée, préalablement au partage, de balancer ses reprises avec ce qu'elle doit à la communauté, elle n'est donc plus créancière que de 20.000 francs; elle prend 10.000 francs dans la communauté; quant aux autres 10.000 francs, elle a un recours contre son mari. Peu importe à ce dernier de verser 10.000 francs à la commu-

nauté ou à sa femme. Toute la difficulté vient de ce qu'on a supprimé la balance du compte-courant ouvert entre chaque époux et la communauté ⁽¹⁾.

§ IV. *Des prélèvements.*

Supposons que le reliquat du compte-courant ouvert entre les époux et la communauté se solde par un actif : les époux ont alors à exercer des reprises. Comment vont-ils se faire payer ? La loi écarte, en leur faveur, les règles du droit commun. L'article 1471 indique *un mode spécial de liquidation de ces créances : les époux ont le droit de se payer eux-mêmes en prélevant sur la communauté des biens en nature jusqu'à due concurrence.*

De même que ce règlement de compte n'est pas applicable au paiement des dettes dont les conjoints peuvent être tenus l'un vis-à-vis de l'autre, de même il reste étranger au règlement des indemnités qu'un époux peut devoir à l'autre à raison de l'extinction, au cours de l'instance en divorce, d'une dette personnelle opérée à l'aide des deniers communs.

Chaque époux, pour se payer de ses reprises, prélève sur la masse commune des biens dont il est censé avoir toujours été seul et unique propriétaire par application de l'article 883. Les époux bénéficient d'un régime de faveur qui présente pour eux le double avantage de leur permettre de conserver des biens qui ont peut-être pour eux un intérêt d'ordre intime, et de leur éviter les frais de vente pour se payer sur le prix. Cette dérogation aux principes du droit commun se justifie par cette raison que les époux ne sont pas seulement des créanciers ordinaires, mais encore des propriétaires indivis.

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 366.

Mais cette faveur édictée dans l'article 1471 ne peut être exercée que sur les biens de la communauté : ainsi la femme ne serait pas fondée à exercer ses prélèvements sur les biens acquis par le mari pendant l'instance en divorce, ni sur les biens aliénés par le mari durant ce même laps de temps par application de l'article 252 *in fine* ; la rétroactivité du jugement de divorce n'atteint pas les aliénations non frauduleuses que le mari a pu consentir à des tiers pendant l'instance.

Mais à quel titre ces prélèvements vont-ils être exercés ? Est-ce à titre de créancier ou de propriétaire ? La question présente le plus grand intérêt pour la femme, lorsqu'elle exerce ses reprises sur le mobilier commun en présence de créanciers communs.

Aura-t-elle le droit de se payer par préférence aux créancier de la communauté ? Viendra-t-elle seulement en concours avec eux, ou même passera-t-elle après eux ?

C'est une question qui fut autrefois célèbre mais qui ne présente guère aujourd'hui qu'un intérêt purement historique : rappeler toute cette controverse serait sortir du cadre de notre étude pratique ⁽¹⁾.

Un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1838 ⁽²⁾,

⁽¹⁾ En faveur du privilège accordé à la femme, C. Angers, 2 déc. 1830, S., 31. 2. 100. — Troplong, *op. cit.*, III, n. 1635 et s.; Brésillon, *Rev. crit.*, 1856, VIII, p. 411. — Cass. civ., 15 fév. 1853, S., 53. 1. 145. — Cass. civ., 11 avril 1854, S., 54. 1. 161. — C. Bordeaux, 27 février, 5 mars 1856, S., 56. 2. 241. — C. Bordeaux, 3 juin 1856, S., 56. 2. 593. — *Contra* C. Besançon, 23 mars 1850, S., 53. 1. 145. — Rouen, 22 juill. 1854, S., 54. 2. 609. — C. Paris, 4 août 1855, S., 55. 2. 449. — C. Paris, 23 fév. 1856, S., 56. 2. 139. — Enfin Cass., ch. réun., 16 janv. 1858, S., 58. 1. 5. — Cass. civ., 1^{er} déc. 1858, D., 59. 1. 11. — Cass. civ., 15 mars 1859, D., 59. 1. 105. — Cass. civ., 23 août 1859, D., 59. 1. 351. — V. en ce sens : Renusson, *Tr. des propres*, chap. IV, sect. 4, n. 3, p. 189; Bourjon, *De la communauté*, II, chap. V, n. 37, p. 516, et chap. II, sect. 5, dist. 1, n. 131-132, p. 569; Pothier, *De la communauté*, n. 436; Dupuis, S., 58. 1. 5; Valette, *Rev. prat.*, IV, p. 529 et s.; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 412-417.

⁽²⁾ Cass. civ., 16 janvier 1858, arrêt Moinet, précité.

toutes chambres réunies, a fixé la jurisprudence qui n'a plus varié sur ce point : désormais la femme, acceptante ou renonçante, ne pourra plus exercer ses reprises qu'à titre de créancière, elle devra subir le concours des créanciers communs quand elle demandera à être payée sur les meubles.

Mais si la femme ne peut invoquer contre les créanciers communs aucun droit de préférence, en revanche ceux-ci ne peuvent en réclamer vis-à-vis d'elle ⁽¹⁾. En tant que créancière, elle n'a droit qu'à un dividende comme tous les autres créanciers, et dans le règlement auquel on procède entre eux tous, il ne peut lui être alloué qu'une somme d'argent, sa part des deniers mis en distribution.

Mais si, au lieu d'être en présence de créanciers de la communauté, la femme exerce ses reprises à l'encontre du mari, va-t-elle agir en qualité de simple créancière ou au contraire à titre de co-propriétaire?

L'arrêt de 1858 n'a pas mis fin à la controverse sur ce point : les deux opinions ont été soutenues dans notre ancien droit comme dans notre droit moderne ⁽²⁾.

L'opinion qui a définitivement triomphé aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence ⁽³⁾ veut que dans les rapports

⁽¹⁾ Guillouard, II, n. 925. — *Contra* : Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX, n. 365, p. 221.

⁽²⁾ Esmein, *Revue critique*, 1877, VI, p. 90. — 1^o Au xvii^e siècle, abandon de la théorie de la *subrogation réelle*, pour être remplacée par la méthode du *mi-denier*; les reprises ne sont que de simples créances. — 2^o Aux xvii^e et xviii^e siècles, apparition du mode des *prélèvements*; les reprises sont faites par « *délivraison* » et « *distriction* ». — Pothier, *Des successions*, chap. V, art. 2, § 1, p. 415; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. III, n. 44, p. 262; liv. III, chap. II, sect. 1, dist. 3, n. 20, p. 384, et n. 30, p. 387.

⁽³⁾ Marcadé, V, sur l'art. 1472, II, p. 635; Rodière et Pont, II, n. 1082; Laurent, XXII, n. 541; Guillouard, II, n. 968-969; Planiol, III, 2^e édit., n. 1278, et 4^e édit., n. 1270; Pothier, *Des successions*, chap. V, art. 2, § 1, p. 415. — C. de Metz, 10 avril 1862, S., 62. 2. 202. — Cass. civ., 18 février 1867, D., 67. 1. 61. — C. Agen, 17 janvier 1868, S., 68. 2. 4. — C. Paris, 4 mars 1874, S., 74. 2. 167. —

des époux entre eux le conjoint exerçant ses reprises agisse en qualité de co-proprétaire, de co-partageant. Ainsi le prélèvement ne constituerait qu'une opération de partage, et en vertu de l'article 883 les époux seraient censés avoir toujours été propriétaires des biens qu'ils auraient prélevés.

Nous pensons que les nombreux arrêts de la Cour de cassation consacrent avant tout une *jurisprudence fiscale* ⁽¹⁾. Cette préoccupation constante de la Cour suprême ressort clairement d'un arrêt du 20 juillet 1869 ⁽²⁾, qui décidait que ce prélèvement de quelque manière qu'il s'exerce n'est ni un partage proprement dit, ni une dation en paiement, mais un règlement entre époux, une opération de communauté déclarative et non translatrice de propriété, n'opérant aucune mutation de propriété.

Cependant quelques arrêts ont pénétré plus avant dans

Cass. civ., 21 juillet 1880, S., 81. 1. 451. — C. Poitiers, 21 mai 1884, S., 86. 2. 89. Note Esmein. — C. Bordeaux, 5 mai 1887, S., 90. 2. 124. — Cass. civ., 13 avril 1891, S., 91. 1. 421. — C. Orléans, 8 avril 1891, D., 94. 2. 402. — Cass. civ., 8 février 1893, S., 95. 1. 173. — *Contra* : C. Angers, 25 avril 1860, S., 60. 2. 294. — Cass. req., 1^{er} juin 1862, S., 62. 1. 829.

⁽¹⁾ *Enregistrement*. — Le droit proportionnel de 0 fr. 20 c. p. 100 avec décimes (art. 5, loi 22 avril 1905) est dû sur l'actif net partagé. Les reprises et les récompenses se compensant de plein droit, il n'y a lieu d'ajouter à l'actif net que la différence existant entre les reprises et les récompenses d'un même époux; nous avons vu, en effet, que les reprises et les récompenses constituent les éléments d'un compte unique et indivisible dont le reliquat final seul est à considérer.

Ce droit proportionnel est exigible tant sur les prélèvements exercés par les époux en paiement de leurs reprises que sur l'actif net partagé : telle est la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'enregistrement (Cass. civ., 13 avril 1891, D., 91. 1. 471) : « En cas d'acceptation de la communauté, dit cet arrêt, la femme exerce le droit de reprise en la double qualité de créancière et de » co-partageante, et les prélèvements qu'elle effectue *constituent une des opérations du partage, avec lequel ils se confondent pour la perception des droits d'enregistrement* ». Petit, *Manuel pratique des déclarations de successions*, 2^e édit., p. 414.

⁽²⁾ Cass. civ., 20 juillet 1869, D., 69. 1. 497. — Pothier (*Traité des fiefs*, chap. V, sect. 1, art. 2, § 3, p. 289) attribue aux prélèvements des reprises l'effet déclaratif du partage pour éviter le droit du « quint ».

l'analyse juridique du système des prélèvements : ils reconnaissent *que la cause du droit aux prélèvements se trouve dans une créance de somme d'argent*. La qualité de co-proprétaire ou de co-partageant n'est pas le titre unique qui sert de base aux prélèvements : l'époux qui exerce ses reprises sur les biens de la communauté agit en la double qualité de créancier et de commun ⁽¹⁾.

C'est ainsi que s'exprime un arrêt très net de la Cour de cassation, en date du 13 août 1883 ⁽²⁾ : « Attendu, dit-il, que » lors de la liquidation entre époux d'une communauté » acceptée par la femme, c'est en leur *double qualité de* » *créanciers et de copartageants* que les époux exercent les » prélèvements de leurs reprises successives dans les termes » de l'article 1470 du Code civil ».

C'est à l'aide de ce procédé ingénieux que MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville ⁽³⁾ arrivent à concilier la jurisprudence qui attribue aux prélèvements en nature l'effet déclaratif du partage avec le caractère mobilier reconnu à l'action en reprises.

*
* * *

De la nature mobilière du droit aux reprises.

Pour connaître le caractère juridique d'un droit, il faut s'attacher à la nature de l'objet auquel il s'applique. Ce droit aux reprises va-t-il toujours être mobilier ? Ce ne serait alors qu'une simple créance d'argent ; au contraire sera-t-il mobilier ou immobilier suivant que l'époux recevra en paiement de

⁽¹⁾ Cass. civ., 13 août 1858, S., 58. 1. 74.

⁽²⁾ Cass. civ., 13 août 1883, S., 84. 1. 289. — V. en matière d'enregistrement, Cass. civ., 13 avril 1891, D., 91. 1. 471.

⁽³⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 444.

ses reprises soit des meubles soit des immeubles ? Tel est le problème que nous avons à résoudre.

La question présente un grand intérêt lorsque, par exemple, un époux vient à décéder avant la fin de la liquidation après avoir institué des légataires aux meubles et aux immeubles, ou bien lorsqu'un époux se remarie avant la liquidation de la première communauté, cette action en reprise apportée par cet époux va-t-elle tomber en communauté ? Oui si on lui reconnaît un caractère mobilier, pour partie seulement si on lui attribue un caractère mixte.

Il est évident que jusqu'à la dissolution de la communauté, époque où se fera la balance du compte de chaque époux, les reprises ne constituent qu'un droit à une indemnité, c'est-à-dire un droit à une somme d'argent. C'est seulement à compter de la dissolution de la communauté que ce droit se transforme, qu'il se dédouble ; ou bien l'époux créancier de reprises conserve sa créance d'une somme d'argent, ou bien il peut, comme la loi le lui permet, recourir à un mode spécial de paiement : le prélèvement en nature des biens mobiliers ou immobiliers de la communauté.

Avec l'opinion qui considère l'époux exerçant ses reprises comme simple créancier ⁽¹⁾, point de difficultés : cet époux n'a jamais qu'un droit personnel contre la communauté. L'objet de sa créance étant une somme d'argent, son droit est forcément mobilier. Le but qu'il poursuit est d'obtenir une indemnité de la communauté qui s'est enrichie à ses dépens ; son action ne saurait changer de nature alors même qu'elle donnerait lieu à un prélèvement en immeubles.

Mais la question se complique pour ceux qui soutiennent, comme le fait une jurisprudence constante, que les conjoints,

⁽¹⁾ C. Angers, 25 avril 1860, S., 60. 2. 294. — Cass. req., 1^{er} juin 1862, S., 62. 1. 829.

du moins dans leurs rapports entre eux, exercent leurs reprises en qualité de co-propriétaires, de co-partageants. Puisque les époux ne sont pas seulement des créanciers mais encore des co-partageants, et qu'en vertu de cette qualité la loi les autorise à avoir recours au prélèvement en nature, simple préliminaire du partage auquel il emprunte son caractère déclaratif, la nature mobilière ou immobilière de leur droit de créance sera déterminée par l'objet sur lequel il aura porté. Ce droit sera mobilier si le prélèvement se fait en meubles, immobilier s'il se fait en immeubles : telles sont les conséquences logiques de cette opinion ⁽¹⁾.

Cette théorie présente les plus graves inconvénients : toutes les fraudes sont alors possibles, car la nature de l'action va dépendre de la composition des lots. En cas de second mariage le mari qui représente sa femme dans les opérations du partage pourra facilement lui causer préjudice à son insu. Il serait réellement trop commode pour les époux de faire, suivant les exigences de la situation, rentrer dans la communauté ou sortir de celle-ci tantôt l'argent comptant, tantôt les immeubles. Il règnerait ainsi une incertitude fâcheuse jusqu'au règlement définitif des reprises.

De plus si on admet, et c'est du reste la solution consacrée aujourd'hui ⁽²⁾, que les prélèvements sont purement facultatifs, laissés au choix de l'époux créancier, il dépendra uniquement de la seule volonté de cet époux au cas de second mariage de faire varier la composition de la deuxième communauté.

Enfin si la nature des prélèvements devait déterminer le caractère de l'action en reprises, il faudrait attendre la fin du

(1) C. Melz, 10 avril 1862, S., 62. 2. 200. — C. Paris, 24 juillet 1869, S., 70. 2. 45.

(2) V. *infra*, p. 192, note 1.

partage pour lui donner après coup le caractère mobilier ou immobilier selon la nature des objets prélevés.

Une semblable théorie doit être rejetée comme laissant trop de place à l'arbitraire : il est bien difficile d'admettre qu'un même droit change de nature selon les personnes vis-à-vis desquelles il est exercé.

Ainsi, cette action en reprise serait d'une essence différente, suivant que la femme accepterait ou répudierait la communauté, alors que cette acceptation et cette répudiation sont sans effet sur l'existence même de cette action. Jamais personne n'oserait soutenir qu'un même droit puisse être tantôt droit de créance pure, tantôt droit de co-propriété.

Les partisans de l'opinion que nous venons d'exposer reculent devant de telles conséquences : ils sont obligés d'admettre que les reprises consistent toujours en une créance de somme d'argent et que les prélèvements ne sont qu'*un mode spécial de règlement qui ne change point la nature du droit*.

C'est ainsi que MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville voient dans le droit aux reprises deux droits juxtaposés : « Nous devons en conclure, disent-ils ⁽¹⁾, que deux » droits coexistent chez l'époux : *l'un, le droit à une somme d'argent, est le droit principal. Quant aux droits aux prélèvements, ce n'est qu'un droit secondaire et accessoire du premier, dont il n'est que la sanction* ».

Vis-à-vis des créanciers de la communauté les époux n'ont qu'un droit de créance, ils viennent au marc le franc avec eux, sauf l'exercice de l'hypothèque légale de la femme. Dans les rapports des époux entre eux ce droit à une somme d'argent est encore le droit principal; le droit aux prélève-

(¹) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 444.

ments n'est qu'un droit accessoire, ce n'est qu'une variété de paiement, un simple procédé de liquidation permis par la loi pour faciliter les arrangements entre époux co-propriétaires. Ce n'est qu'un droit accessoire, car le créancier peut répudier ce procédé : c'est de l'argent qui lui est dû, il demandera à être payé en argent. De quelque manière que puisse s'effectuer le paiement de cette créance de somme d'argent, elle n'en restera pas moins mobilière ; au contraire, son caractère propre s'étendra aux droits accessoires qui l'entourent. C'est ainsi que la créance hypothécaire est toujours mobilière, bien que le droit d'hypothèque considéré en lui-même ou séparément soit immobilier. Il en est de même du droit aux prélèvements qui considéré en lui-même est un droit immobilier, lorsque les biens prélevés sont des immeubles, mais qui perd son caractère propre, lorsqu'il est rattaché comme droit accessoire à une créance de somme d'argent : il lui emprunte son caractère mobilier.

Concluons donc que l'action en reprises comprenant comme droit principal le droit à une somme d'argent et comme droit accessoire le droit aux prélèvements, est toujours *mobilière* ⁽¹⁾, peu importe que le paiement ait lieu en meubles ou en immeubles ; c'est le caractère essentiellement mobilier du droit principal qui détermine la nature mobilière de cette action.

Quant aux conséquences pratiques à tirer des principes que nous avons admis, nous allons les rencontrer en étudiant le mode d'exercice de l'action en reprises.

(1) Troplong, III, n. 1632, p. 144 ; Marcadé sur l'art. 1471 et 1472, n. 1, p. 634 ; Laurent, XXII, n. 511 ; Guillouard, II, n. 928 et 951 ; Fuzier-Herman, *v° Communauté*, n. 1960 ; Huc, IX, n. 314 ; Planiol, III, 2^e éd., n. 1269, et 4^e éd., n. 1269, p. 175 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, précités.

*
* *

Mode d'exercice de l'action en reprises.

Les articles 1471 et 1472 nous indiquent l'ordre dans lequel les époux exercent leurs reprises : « les prélèvements » de la femme s'exercent avant ceux du mari.... » ; « le mari » ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté ; la femme et ses héritiers en cas d'insuffisance de » la communauté exercent leurs reprises sur les biens personnels du mari ».

Nous suivrons dans nos développements l'ordre indiqué par le code ; nous étudierons successivement les règles propres soit à la femme, soit au mari et ensuite les règles communes aux deux époux.

*
* *

La loi crée une situation de faveur pour la femme à un double point de vue : la femme exerce ses reprises avant son mari et, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, elle complète ses reprises sur les biens personnels de son mari, quand même ce dernier aurait des reprises à faire valoir ; il ne peut invoquer la compensation, car ce procédé aurait pour résultat d'obliger la femme à payer son mari sur ses biens personnels (1). Cette double faveur s'explique par la situation qui est faite à la femme sous le régime de la communauté légale. Cette femme est une associée inférieure, elle est tenue à l'écart de toute administration, en consé-

(1) Il résulte encore de l'art. 1471 que le mari ne peut compenser ses reprises avec les récompenses dont il est débiteur envers la communauté que tout autant que la femme est payée de ses reprises.

Tant que la femme reste créancière de la communauté elle a le droit d'exiger le rapport des récompenses dues par le mari, afin de pouvoir exercer son droit de prélèvement sur les sommes rapportées. Cass. civ., 16 avril 1862, D., 62. 1. 276.

quence, si la communauté n'est pas fructueuse, le mari seul en est responsable, seul il doit supporter le dommage qui en résulte. La femme ne doit pas se trouver appauvrie alors que le mari conserve ses immeubles personnels. De plus, les reprises de la femme sont des dettes de la communauté et, comme toute dette commune, le mari en est tenu sur ses biens personnels.

Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari; sur ce point tout le monde est d'accord, mais quant au recours subsidiaire de l'article 1472 accordé à la femme en cas d'insuffisance des biens communs, il est soumis par la loi à certaines restrictions. Comment la femme va-t-elle établir la preuve de cette insuffisance?

Cette insuffisance sera facilement prouvée par l'inventaire que la femme aura requis au début de la procédure de divorce. Mais si elle n'a pas eu recours à cette mesure provisoire et en cas de désaccord entre elle et son mari, les difficultés de preuve surgissent.

Une première opinion veut que, dans ce cas, la femme soit purement et simplement déchue de la faveur édictée pour elle par l'article 1472 (1).

Un deuxième système soutient au contraire la théorie inverse : la femme conserve toujours le droit de prouver l'insuffisance de la communauté par tout moyen de preuve, même par commune renommée (2).

Enfin un troisième système, qui nous paraît préférable, cherchant à concilier ces deux opinions extrêmes, permet à la femme qui n'a pas fait dresser d'inventaire d'établir l'in-

(1) Caen, 17 juillet 1857, S., 60. 1. 241. — C. Douai, 8 août 1864, S., 64. 2. 297.

(2) C. Caen, 19 janvier 1832, S., 41. 2. 82. — (V. un arrêt assez curieux, qui renverse la charge de la preuve, Cass. req., 5 déc. 1889, S., 91. 1. 73. — Voir Massigli, *Revue critique*, 1892, XXI, p. 641).

suffisance du mobilier de la communauté commun par les modes de preuve du droit commun. Aucun texte n'autorisant à s'écarter des principes généraux, on doit admettre nécessairement que le conjoint ne pourra, au delà de 150 francs, faire cette preuve qu'à l'aide d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit ⁽¹⁾.

Concluons donc que la femme, malgré le défaut d'inventaire, a non seulement le droit d'opérer ses prélèvements sur les immeubles de la communauté en l'absence de valeurs mobilières communes, mais encore de se faire payer de ses reprises subsidiairement sur les biens de son conjoint, faute d'actif suffisant dans la masse commune ⁽²⁾.

*
* * *

Tout autre est la situation du mari ; il n'a pas comme la femme la faculté de renoncer à la communauté.

D'ailleurs une renonciation de sa part serait absolument inutile, puisque les créanciers de la communauté ont une action contre ses biens personnels.

La question des reprises ne peut pas se poser à son égard, lorsque la femme renonce à la communauté ; dans ce cas, en effet, les biens communs se confondent avec son patrimoine propre. Il n'y a plus qu'un seul propriétaire créancier et débiteur de reprises ; les règles de la confusion s'appliquent.

⁽¹⁾ Huc, IX, n. 257 ; Troplong, II, n. 1289 ; Rodière et Pont, II, n. 997 ; Guilouard, II, n. 962 ; Laurent, XXII, n. 519 et 523 ; Fuzier-Herman, *vo Communauté renommée*, n. 90. — Cass. civ., 16 nov. 1859, S., 60. 1. 241 ; Lacoste, note S., 91. 1. 73.

⁽²⁾ Lorsque la femme exerce ses reprises en cas d'insuffisance de l'actif commun sur les biens personnels du mari, elle n'est pas fondée à exiger des biens en nature. Elle agit alors comme créancière de son mari et n'a que le droit de faire vendre ses biens pour se payer sur le prix. Aussi, dans ce cas, si le mari abandonne à la femme ses biens en nature, cette opération constitue une dation en paiement.

Enfin, comme nous venons de le voir ci-dessus, le mari ne vient qu'au second rang pour exercer ses reprises par voie de prélèvements. La femme n'a pas à supporter les dettes de la communauté au delà de son émolument ; elle n'est pas débitrice des reprises de son mari. Si la communauté est insuffisante, le mari doit seul supporter les conséquences d'une faute qui lui est personnelle.

*
* *

Sauf les quelques différences que nous venons de signaler entre le mari et la femme, il faut appliquer aux deux époux les mêmes règles quant au mode d'exercice de leur droit aux reprises.

Le mari, comme la femme, exerce ses reprises par voie de prélèvements. Cependant un auteur, M. Colmet de Santerre ⁽¹⁾, se basant sur la lettre même du texte de l'article 1471, lui conteste ce droit : « Les termes de l'article 1471, dit-il, » sont spéciaux à la femme : en effet, l'article commence par » ces mots : les *prélèvements de la femme* ; il commence sa » seconde phrase par le pronom *ils*, qui se rapporte gram- » maticalement au sujet de la phrase précédente. Enfin, » quand il suppose un choix fait par le créancier de récom- » penses, il précise et donne ce choix à la femme ou à ses » héritiers. L'article suivant parle des reprises du mari et ne » dit rien de la faculté de les exercer en nature ».

Cette opinion, bien qu'étant peut-être la plus correcte au point de vue grammatical, est restée isolée : elle est, en effet, contraire et à la tradition et à l'esprit du législateur. Qu'il nous suffise de citer quelques passages de notre ancien droit. Ferrière ⁽²⁾, parlant des prélèvements, s'exprime ainsi : « La

(1) Colmet de Santerre, VI, n. 132 bis, I.

(2) Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, art. 253, n. 16.

» raison est qu'entre les conjoints ces reprises ne se considèrent pas comme des dettes communes, mais se prennent » par distraction et délibération... » Denizart ⁽¹⁾ est plus explicite encore : « S'il n'y a pas dans la communauté de deniers » suffisants pour acquitter ou remplir les propres des conjoints, ils doivent les prendre sur d'autres effets de la » communauté parce que c'est elle qui doit ces sortes de » reprises, et la femme a le droit de choisir la première ». Enfin Pothier ⁽²⁾ nous dit : « Après ce prélèvement (de la » femme)..., *le mari ou ses héritiers prélèvent pareillement à leur choix* dans les meilleurs effets qui restent à la dite » masse ». Des textes aussi précis ne peuvent laisser aucun doute : il est évident que notre ancien droit reconnaît au mari le droit de se payer en nature après les prélèvements de la femme.

Les rédacteurs du code se sont inspirés du système des prélèvements tel qu'il était pratiqué à la fin de notre ancien droit. Cela n'est pas douteux ; du reste, si on reprend l'article 1471 lui-même : « *Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. Ils s'exercent...* », le pronom *ils* se rapporte également aux prélèvements de la femme et à ceux du mari.

*
* * *

Telle est la solution qui est admise aujourd'hui par la jurisprudence ⁽³⁾ et par tous les auteurs ⁽⁴⁾ : les règles rela-

⁽¹⁾ Denizart, v^o *Partage*, n. 46, p. 600.

⁽²⁾ Pothier, *Communauté*, n. 582.

⁽³⁾ C. Caen, 19 janv. 1832, S., 41. 2. 82. — C. Paris, 18 août 1859, S., 63. 2. 211.

⁽⁴⁾ Guillouard, II, n. 943 ; Rodière et Pont, II, n. 1093 ; Aubry et Rau, V, 4^e éd., § 511, note 22, p. 361 ; Laurent, XXII, n. 520 ; Huc, IX, n. 319 ; Planiol, III, 2^e éd., n. 1264 et 4^e éd., n. 1264, p. 174 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 396.

tives aux prélèvements en nature et celles afférentes au choix à exercer entre les biens de la communauté sont semblables pour les deux époux.

Ainsi qu'il s'agisse du mari ou de la femme, le notaire liquidateur, sauf le droit de priorité accordé à la femme, n'a aucune distinction à faire pour la liquidation des reprises; le mode d'exercice en est le même, il s'exerce par voie de prélèvement. En cas de désaccord sur l'évaluation des biens, les deux époux peuvent avoir recours à l'expertise; enfin l'ordre de ces prélèvements est identique. L'état liquidatif doit porter mention que le choix a été offert à l'époux créancier ou du moins qu'il a été averti par le notaire de l'existence de son droit de choisir.

C'est cet ordre qu'il nous reste désormais à examiner.

*
* *

L'article 1471 alinéa 2 est ainsi conçu : « Ils (les prélèvements) s'exercent pour les biens qui n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté; dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers ».

Le législateur a-t-il entendu dans ce texte déroger aux principes du droit commun? Nous ne le pensons pas, car si on rapproche l'article 830, alinéa 2, de l'article 1471, on constate que lui aussi décide que les prélèvements doivent se faire autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés; or les créances et les dettes donnant lieu au droit au prélèvement ont presque toujours pour objet des sommes d'argent : donc les prélèvements devront porter d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier (car c'est ce qui se rapproche le plus de l'argent) et enfin sur

les immeubles. L'article 1471 ne serait donc qu'une application de la règle générale ⁽¹⁾.

Faut-il conclure de la rédaction défectueuse de l'article 1471 que l'époux créancier des reprises ne peut exercer ses prélèvements dans l'ordre indiqué par cet article que pour se remplir du prix de ses immeubles propres *qui n'existent plus en nature*? Cette interprétation étroite fut adoptée par un arrêt de la cour de Lyon du 3 mars 1841 ⁽²⁾. Cette opinion est aujourd'hui universellement condamnée par les auteurs : on s'accorde à reconnaître que la loi a visé seulement l'hypothèse la plus fréquente et que ce texte doit être l'objet d'une large interprétation. Toutes les reprises, en effet, ont leur cause dans l'enrichissement de la communauté aux dépens de l'époux, on ne voit pas comment on pourrait justifier une différence entre elles quant à leur mode de paiement. D'ailleurs, nous avons vu, dans la théorie du compte-courant, que l'époux n'a pas à faire valoir contre la communauté telle ou telle créance déterminée mais, au contraire, qu'il n'a pas le droit de distinguer entre les différents éléments de ce compte, le reliquat seul indiquant si tel époux est créancier ou débiteur de la communauté ⁽³⁾.

*
* * *

L'époux créancier de reprises a contre la communauté un droit de créance : il se paie d'abord sur l'argent comptant. S'il n'y en a pas, puisque son droit de créance est un droit à une somme d'argent, il peut refuser de recevoir en paiement des biens en nature et exiger, comme tout créancier ordinaire, ce qui lui est dû, c'est à-dire de l'argent liquide.

⁽¹⁾ Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 373.

⁽²⁾ C. Lyon, 3 mars 1841, S., 41. 2. 347.

⁽³⁾ Guillouard, II, n. 946.

D'autre part, l'autre conjoint peut, si le prélèvement en nature ne lui agréé pas, lui offrir de l'argent et le forcer à accepter ce paiement.

À défaut d'argent comptant la loi, dans le but de faciliter la liquidation des reprises et pour éviter la vente des biens de la communauté, permet à l'époux de prélever des biens en nature pour se payer de ses reprises. Il doit d'abord s'en prendre au mobilier. Cette opération exige une estimation des biens : très souvent on aura recours à l'inventaire, mais si la prisee faite dans cet inventaire ne convenait pas à l'une des parties, il faudrait lui reconnaître le droit de requérir une expertise contradictoire. L'estimation devrait être faite d'après la valeur actuelle des biens au moment de la liquidation.

Enfin si le mobilier est insuffisant, mais alors seulement, l'époux a un recours contre les immeubles communs ; le législateur de 1804, imbu de cette idée que les immeubles sont les biens les plus précieux, a voulu, en les rejetant en dernière ligne, assurer à chaque conjoint une part aussi égale que possible dans ces biens par excellence. Aujourd'hui ce serait la règle inverse qu'il faudrait édicter.

Quant aux prélèvements sur les immeubles, à défaut d'entente amiable leur valeur serait fixée par des experts choisis par les parties ou désignés par la justice. Toutefois les frais de l'expertise resteraient à la charge de la communauté.

Le dernier alinéa de l'article 1471 donne encore lieu à une difficulté : « Dans ce dernier cas, dit-il, le choix des immeubles est déferé à la femme ou à ses héritiers ». Ce choix entre les immeubles que nous accordons aussi bien au mari qu'à la femme doit-il leur être refusé quand il s'agit de choisir entre les meubles ? Certains auteurs ⁽¹⁾, voyant dans

(1) Laurent, XXII, n. 506.

l'article 1471 une règle exceptionnelle, interprètent ce texte d'une façon restrictive : une exception en effet ne peut pas s'étendre ; en droit strict, il faudrait leur refuser le choix des meubles.

L'argument *a contrario* n'est pas admissible ; au contraire on doit suppléer au silence du législateur qui a reculé devant l'énumération de toutes les hypothèses : « *lex statuit de eo quod plerumque fit* ». Toutes les raisons d'accorder ce choix sont les mêmes soit pour les meubles, soit pour les immeubles : il y a plus, il y a un argument « *a fortiori* » de décider ainsi, l'époux qui a vécu pendant une partie de sa vie au milieu de ces objets aura souvent le vif désir de ne pas s'en séparer. Il faut donc conclure que si la valeur du mobilier est supérieure au montant des reprises d'un époux, ce dernier a le droit de choisir parmi ces biens ⁽¹⁾.

Tel est l'ordre des prélèvements édictés dans l'article 1471 ; les époux pourront-ils toujours en user ? Ne convient-il pas, au contraire, d'y apporter quelques restrictions réclamées par l'équité ?

Il faut tout d'abord qu'il y ait un certain rapport entre la valeur des biens prélevés et le montant des reprises. Il ne peut pas être permis à un époux de prélever un immeuble de grande valeur pour le paiement d'une reprise insignifiante ⁽²⁾.

De même, si la communauté ne comprenait qu'un immeuble indivisible, il faudrait nécessairement le liciter ; sinon le prélèvement en nature n'aurait eu pour but que de retarder la licitation, puisque l'époux, ne prenant qu'une fraction de cet immeuble, serait resté dans l'indivision avec la communauté.

(1) Rodière et Pont, II, n. 1078, p. 346.

(2) Guillouard, II, n. 949 ; Laurent, XXII, n. 509. — Cass. req., 7 mai 1855, S., 56, 1. 359.

Enfin ajoutons que l'époux qui s'est rendu coupable de recel d'objets de la communauté en cas d'insuffisance d'actif n'a pas le droit, pour se remplir de ses reprises, de prélever les objets par lui détournés. C'est la conséquence de l'article 1477 qui prive l'époux recéleur de sa portion dans les effets recelés ⁽¹⁾.

Cependant la doctrine moderne permet à l'époux recéleur, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, d'exercer les prélèvements de l'article 1471 sur les objets recelés. Elle invoque en sa faveur la solution qui avait prévalu dans notre ancien droit ⁽²⁾ et la place occupée par l'article 1477 dans notre code : ce texte ne vise que la part de communauté attribuée à chaque époux, c'est-à-dire l'actif net de la communauté après le prélèvement des reprises.

D'ailleurs, ajoutent les partisans de cette opinion, l'époux exerçant ses reprises est un créancier qui exigera son paiement tant qu'il existera un actif ⁽³⁾. Cette solution est surtout très avantageuse pour le mari qui n'a pas, en cas d'insuffisance d'actif, de recours contre sa femme pour se remplir intégralement de ses reprises.

Il faut bien faire remarquer que toutes ces restrictions apportées à l'exercice du droit aux prélèvements peuvent être écartées par l'accord des parties majeures et maitresses de leurs droits.

*
* * *

Il nous reste à justifier une solution que nous avons admise *de plano*, à savoir que *les prélèvements sont purement facultatifs*.

⁽¹⁾ C. Paris, 20 août 1863, D., 63. 2. 225.

⁽²⁾ Denisart, v^o *Recelé*, n. 13, p. 134; Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 599, n. 4.

⁽³⁾ C. Orléans, 3 déc. 1857, D., 58. 2. 165.

En principe, l'ordre indiqué par l'article 1471 doit être suivi. Il est obligatoire en ce sens que l'époux qui entend se servir de ce procédé spécial de paiement doit s'en prendre d'abord à l'argent comptant, au mobilier, puis, à leur défaut aux immeubles. C'est bien le moins que cet époux qui veut profiter de ce paiement en nature se soumette aux conditions imposées par la loi!

Néanmoins, comme ce droit aux prélèvements n'est qu'une garantie de plus pour l'époux créancier et constitue, en somme, un avantage pour lui, il faut décider qu'il peut y renoncer comme on peut renoncer à tout avantage accordé par la loi pour s'en tenir au droit commun. Ce procédé spécial de paiement, édicté en sa faveur, ne saurait se retourner contre lui; à défaut d'argent comptant il n'est pas obligé de prélever des meubles, puis des immeubles. Il a le droit de refuser ce paiement en nature qui, dans certains cas, peut lui être préjudiciable et de poursuivre la vente des meubles ou des immeubles pour se payer sur le prix ⁽¹⁾.

C'est en ce sens qu'il est vrai de dire que les prélèvements sont facultatifs et que l'article 1471 n'a nullement un caractère impératif. Nous irons plus loin et nous dirons que ce mode de règlement est encore facultatif en cet autre sens que l'autre conjoint peut empêcher le prélèvement en nature, en offrant à son époux de l'argent comptant pour le remplir de ses reprises.

Telle est l'opinion qui triomphe aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence ⁽²⁾. Nous devons signaler quelques divergences parmi les auteurs; certains d'entre eux ⁽³⁾ refusent au

⁽¹⁾ *Contra* : C. Paris, 24 juill. 1869, S., 70. 2. 45.

⁽²⁾ Cass. civ., 6 juil. 1870, S., 70. 1. 348, qui cassait un arrêt C. Paris, 24 juil. 1869, S., 70. 2. 45. — V. motifs, Cass. req., 1^{er} juin 1862, S., 62. 1. 829.

⁽³⁾ Marcadé, V, sur l'art. 1470, I, p. 633; Rodière et Pont, II, n. 1076; de Fol-

débiteur le droit de forcer le créancier de reprises à accepter de l'argent. Ils s'en tiennent à la lettre du texte et déclarent l'article 1470 obligatoire. D'après eux la première partie du texte ne peut laisser aucun doute; la femme passe avant le mari; quant à la deuxième partie, elle n'est pas moins impérative; la formule *ils s'exercent* leur paraît être suffisamment précise. A quoi, disent-ils, servirait l'article 1471, s'il faut l'accord des deux parties pour exercer le paiement en nature? L'article 1471 consacre pour l'époux créancier un droit absolu de se payer en effets de communauté. Or, n'est-ce pas donner un droit dérisoire à cet époux, s'il est permis à son conjoint de mettre ce droit à néant en lui offrant de le payer en argent?

Cette solution est en contradiction complète avec la tradition. Guy Coquille ⁽¹⁾ s'exprimait ainsi : « La veuve, dit-il, ne » sera pas tenue de prendre les meubles en paiement, car » son debte est en deniers ». De même, Pothier ⁽²⁾ est très précis sur cette question : « Auquel cas (Dettes que la » communauté doit aux conjoints)..., la vente des meubles » ne peut être empêchée jusqu'à concurrence de ce qu'il » est nécessaire d'en vendre pour l'acquittement desdites » dettes ».

C'est cette même règle qui doit encore être suivie aujourd'hui. Les époux sont des créanciers et, comme tout créancier ordinaire, ils ont pour gage tous les biens de la communauté (art. 2092-2093), ils peuvent, en écartant le privilège de l'article 1470, s'en tenir au droit commun, c'est-à-dire exiger le paiement en argent de leurs créances et pour cela

leville, I, n. 497; Laurent, XXII, n. 512; Championnière et Rigaud, *Dict. de droits d'enreg.*, IV, n. 2879-2880. — C. Metz, 10 avril 1862, D., 62. 2. 141.

⁽¹⁾ Guy Coquille, sur l'art. 18, ch. XIII de la *Cout. du Nivernais*.

⁽²⁾ Pothier, *Communauté*, n. 700.

faire vendre les biens de la communauté jusqu'à concurrence du montant de leurs reprises ⁽¹⁾.

L'équité elle-même veut que l'article 1471 soit facultatif. S'il en était autrement, il arriverait ceci que le législateur, ayant voulu avantager la femme à raison de la situation inférieure qui lui est faite sous le régime de la communauté, en lui permettant d'exercer ses reprises avant son mari, verrait cette mesure de faveur se retourner contre elle dans bien des cas ; par exemple, lorsque l'argent comptant serait épuisé, le notaire liquidateur, pour remplir la femme de ses droits, devrait lui attribuer forcément des objets mobiliers peut-être improductifs, qui seraient pour elle une lourde charge. Les adversaires répondent : mais la femme peut recourir à la vente, le mobilier conserve toujours à peu près la même valeur. Mais alors que reste-t-il de l'esprit de la loi ? Il est vrai qu'aujourd'hui le même raisonnement ne saurait plus être tenu, quand il s'agit de valeurs mobilières ; il n'est plus exact de dire que le mari qui arrive en seconde ligne reçoit une attribution avantageuse lorsqu'il est payé en immeubles.

Concluons que le législateur a édicté, dans l'article 1471, une simple mesure de faveur, susceptible d'être écartée par les époux, lorsque cette faveur deviendrait pour eux une cause de préjudice ⁽²⁾. L'exercice du droit aux prélèvements *est doublement facultatif* : peu importe que l'article 1471 n'ait plus qu'une portée illusoire, alors que les droits du créancier de reprises sont pleinement sauvegardés.

(1) Guillouard, II, n. 951 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, II, p. 402.

(2) Cass. req., 1^{er} juin 1862, précité. — Cass. civ., 13 déc. 1864, D., 65. 1. 17 et la note. — Cass. req., 15 juillet 1867, D., 68. 1. 267. — Cass. civ., 6 juillet 1870, précité. — Trib. de la Seine, 15 mai 1891, *Pand. fr.*, 92. 2. 114. — Trib. de Nancy, *Rev. du Notar. et de l'Enreg.*, 1896, n. 9665. — Trib. de Marmande, 27 mai 1905, D., 1906. 2. 414.

Nous avons vu que l'époux qui entend se prévaloir de la faveur qui lui est faite dans l'article 1471 doit se soumettre aux prescriptions de la loi et respecter l'ordre établi par cet article. Cependant comme cette règle n'est pas d'ordre public, les parties capables et maîtresses de leurs droits peuvent y déroger; par exemple, les époux pourront décider d'un commun accord que les prélèvements s'exerceront d'abord sur les immeubles (1).

Pothier (2) était plus libéral encore que la jurisprudence actuelle : il accordait à la femme le droit de prélever à son choix, sans distinction entre les meubles et les immeubles, parmi les meilleurs effets de la communauté.

*
* * *

Dans toutes les explications qui précèdent nous avons envisagé l'hypothèse de l'acceptation de la communauté par la femme : tout autres seraient les conséquences de sa renonciation.

Lorsque la femme renonce à la communauté, elle perd de ce fait tout droit sur les biens communs, il n'y a plus d'indivision, donc plus de prélèvements. Il n'y a pas lieu à règlement de compte entre le mari et la femme pour déterminer l'actif net de la communauté : cette dernière s'étant confondue avec le patrimoine propre du mari. La femme n'est plus qu'une créancière ordinaire qui devra avoir recours aux voies d'exécution du droit commun : elle devra même subir le concours des créanciers personnels du mari.

Si en vertu d'un accord réciproque la femme recevait de son mari des immeubles pour se couvrir de ses reprises, il y

(1) Cass. civ., 2 juin 1890, D., 90. 1. 369, note Planiol.

(2) Pothier, *Communauté*, n. 700-701.

aurait là une véritable dation en paiement qui nécessiterait la transcription et le paiement du droit proportionnel de mutation ⁽¹⁾.

(1) Le taux du droit de dation en paiement varie avec la nature des biens abandonnés; il est perçu le droit de 7 p. 100, décimes et droit de transcription compris, si la dation en paiement porte sur des immeubles (art. 2 loi du 22 avril 1905), et le droit de 2 p. 100 avec décimes, s'il s'agit de meubles (art. 69, § 5, n. 1, loi 22 frimaire an VII).

CHAPITRE II

DE LA LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ DANS LES RAPPORTS DES ÉPOUX AVEC LES TIERS

SECTION PREMIÈRE

La loi, pour des raisons d'ordre public, n'a pas voulu que les tiers fussent informés des demandes en divorce : elle a eu pour but de prévenir leur intervention dans ces débats d'ordre intime. Pour cela, il fallait que dans aucun cas l'effet rétroactif du divorce ne pût être invoqué ni par eux ni contre eux, que leurs droits ne pussent être ni augmentés ni diminués selon l'issue du procès : c'était à cette seule condition que le législateur était en droit d'espérer l'indifférence la plus complète de la part des tiers ⁽¹⁾. Car si le divorce a des résultats pécuniaires, il a avant tout des causes toutes morales.

Il était donc de toute nécessité de décider que vis-à-vis des tiers la dissolution de la communauté ne pourrait avoir lieu que le jour de la rupture irrévocable du lien conjugal. Dès lors deux questions se posent, à savoir : 1° quel est le jour

(1) C. Riom, 5 avril 1892, D., 92. 2. 112.

de la dissolution de la communauté à l'égard des tiers ?
2° ce qu'il faut entendre par tiers.

§ I. *Quel est le jour de la dissolution de la communauté à l'égard des tiers.*

La détermination de ce jour présente pour eux un intérêt capital, tant pour connaître l'instant de la dissolution du régime matrimonial que pour s'assurer de la capacité civile de la femme qui retrouve le plein exercice de ses droits. C'est pourquoi le législateur a voulu rendre public le jugement de divorce et a édicté certaines formalités destinées à assurer cette publicité.

Sous l'empire de la loi de 1884 le divorce était un véritable acte de l'état civil : le rôle du tribunal se bornait à autoriser l'officier de l'état civil à prononcer le divorce sur la réquisition de l'époux qui avait obtenu gain de cause. Il ne pouvait surgir de difficulté sur le moment précis où le jugement mettait fin à l'union conjugale.

Mais depuis la loi de 1886 les rédacteurs ont compliqué la question en voulant rendre à l'autorité judiciaire le rôle prépondérant : désormais ce ne sera plus l'officier de l'état civil qui prononcera le divorce mais le tribunal lui-même. Cependant ce jugement ne deviendra irrévocable que par *la transcription* sur les registres de l'état civil (art. 244 al. 3), et à défaut par les parties d'avoir requis *la transcription* dans le délai de deux mois, le divorce sera considéré comme nul et non avenu (art. 252 al. 4). Si le rôle de l'officier de l'état civil est plus effacé, *en revanche la transcription a encore une importance capitale.*

Sous cette nouvelle législation deux dates s'offrent au choix de l'interprète : celle du jugement qui prononce le

divorce ou plus exactement le jour où le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée et celle de la transcription sans laquelle ce jugement demeure lettre morte ⁽¹⁾.

En faveur de la première on invoque le texte des articles 246, 247 al. 2, 249 et 250; tous ces articles déclarent expressément que le divorce est prononcé par le tribunal, par conséquent ses effets doivent commencer à courir du jour du jugement. Sans doute, ce jugement a besoin d'être vivifié par la transcription sur les registres de l'état civil, mais, ajoute-t-on, cette transcription doit être considérée comme une simple formalité de publicité qui ne crée pas le divorce et qui a seulement pour résultat de le rendre irrévocable; elle n'est qu'une condition qui suspend l'existence du divorce jusqu'au moment où elle sera réalisée, et comme d'après le droit commun la condition accomplie a un effet rétroactif, il en résulte que, si la transcription est opérée, le divorce produit ses effets à la date du jugement.

Cette opinion, à première vue assez séduisante, compte peu de partisans ⁽²⁾ et ne peut invoquer en sa faveur que de très rares décisions judiciaires ⁽³⁾.

L'opinion opposée, d'après laquelle les effets du divorce se produisent seulement à dater de la transcription sur les

⁽¹⁾ V. Prophète, thèse Lille, 1902 : *De l'effet rétroactif du jugement de divorce*, p. 15 à 65 où il expose quatre systèmes qui ont été soutenus sur cette question, à savoir :

1^o Le jugement de divorce dûment transcrit rétroagit au jour de la demande;

2^o La transcription accomplie rétroagit au jour du jugement;

3^o Elle rétroagit au jour de la publication du jugement;

4^o Le divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription.

⁽²⁾ Carpentier, *op. cit.*, I, n. 295, p. 252; Danion, conclusions sous Trib. Seine, 29 nov. 1888, *Le Droit*, 1^{er} janv. 1889; Soulié, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1889, XXIV, p. 256.

⁽³⁾ C. Limoges, 26 nov. 1887, D., 89. 2. 40. — Trib. Versailles, 14 août 1889, S., 90. 2. 95. — C. Toulouse, 10 mars 1890, D., 91. 2. 276. — Trib. de Saint-Yrieix, 31 janv. 1895, S., 95. 2. 297.

registres de l'état civil, a définitivement triomphé aujourd'hui en doctrine ⁽¹⁾ et en jurisprudence ⁽²⁾. Elle n'est pas inconciliable avec les textes invoqués par les partisans de la première théorie, d'où il résulte que le divorce est prononcé par le tribunal (art. 247, al. 2 et 249). Comme depuis la loi de 1886 la transcription remplaçait la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, et comme cette dernière formalité avait été supprimée il fallait bien que le législateur fit prononcer le divorce par quelqu'un; ce ne pouvait être que par le tribunal.

Dès le jour du jugement les parties ont un droit acquis, chacune d'elles peut donner effet au jugement. Mais il n'est pas permis de tirer argument de l'emploi des termes fait par l'article 249 pour décider que la décision judiciaire, à laquelle le législateur avait toujours refusé la force de dissoudre le mariage, l'ait acquise; alors surtout qu'il résulte de la loi nouvelle que le jugement sera anéanti s'il n'est complété par la transcription requise dans le délai légal. Il faut donc que les parties viennent compléter l'œuvre du tribunal.

La volonté du législateur apparaît plus clairement encore dans l'article 244 alinéa 3, où il décide que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que

(¹) Vraye et Gode, *op. cit.*, II, n. 64; Curet, *op. cit.*, 2^e éd., n. 101 et 239; Coulon, *op. cit.*, IV, p. 480; Defrénois, *op. cit.*, n. 6775; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des pers.*, III, p. 154; Massigli, *Rev. crit.*, 1890, XIX, p. 455 et 1894, XXIII, p. 129; Labbé, note Cass., 18 avril 1893, S., 94. 1. 5.

(²) Trib. Seine, 29 nov. 1888 précité. — Trib. de Brioude, 18 mars 1891, S., 91. 2. 207 confirmé par C. Riom, 5 avril 1892, S., 92. 2. 112, et par C. Cass. req., 18 avril 1893, note Labbé, S., 94. 1. 5. — C. Limoges, 21 mars 1895, S., 95. 2. 297. — Trib. de la Seine, 16 mai 1895, D., 96. 2. 245. — C. Paris, 13 déc. 1895, S., 96. 2. 80. — C. Bordeaux, 16 avril 1896, D., 99. 2. 385. — Trib. de Bar-sur-Seine, 9 fév. 1899, S., 99. 2. 285. — C. Paris, 3 mai 1899, D., 1900. 2. 177. — Trib. Seine, 18 juin 1900, *La Loi*, 27 juin 1900. — C. Grenoble, 10 fév. 1903, D., 04. 2. 469.

le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. N'est ce pas là la preuve manifeste que le lien conjugal continue à exister jusqu'au jour de la transcription ? Si le mariage était dissous à partir du jugement, il n'y aurait pas lieu de s'occuper du décès postérieur de l'un des époux. Au contraire, ne faut-il pas conclure que la *transcription doit être considérée comme le dernier acte, le complément indispensable de la procédure du divorce* ?

D'ailleurs les débats parlementaires auxquels a donné lieu la loi de 1886 ne sauraient laisser de doute sur ce point. Dans l'exposé des motifs on peut lire notamment au sujet de la transcription « *la nature de cette formalité est seule* » *modifiée, les effets en subsistent* ». Or, on est fondé à penser que le principal effet de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, qui était de fixer le point de départ de la dissolution du mariage, a été rattaché à la *transcription* du jugement. C'est encore à raison de l'importance capitale de cette formalité qui rompt le lien conjugal que l'article 252 alinéa 2 a donné lieu à une discussion : d'après le projet, la transcription devait être effectuée dans les huit jours qui suivaient la réquisition. Le rapporteur, M. Labiche ⁽¹⁾, fit remarquer le grave inconvénient qu'il y avait à permettre ainsi à l'officier de l'état civil de hâter ou de retarder, suivant son bon plaisir, le moment de la dissolution du mariage en transcrivant au commencement ou à la fin du délai. Le sénat, se rangeant à l'avis du rapporteur, décida que la transcription devrait être opérée à une date précise fixée au cinquième jour de la réquisition. C'est donc, que dans la pensée du législateur, la transcription seule opérait la dissolution, sinon la modification acceptée n'aurait pas eu de sens. Ce débat donna

(1) Sénat, Séance du 12 déc. 1885, *Journ. off.* du 13, *Déb. parl.*, p. 1295, p. 1300.

lieu à une remarque très précise de MM. Léon Renault et Griffé ⁽¹⁾ : « La transcription du jugement est surtout édictée » dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution » du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les » tiers ont intérêt à la connaître, *c'est la transcription qui la » fixe ».*

On ne pouvait trouver une formule plus heureuse et plus précise pour résumer la volonté du législateur ; il est un point formellement établi, c'est que le lien conjugal subsiste jusqu'à ce que la formalité prescrite par l'article 252 ait été remplie.

Les tribunaux basent principalement leurs solutions sur des raisons tirées de l'équité et de l'ordre moral. Il est profondément injuste de faire rétroagir à l'égard des tiers les effets du divorce au jour du jugement, alors qu'ils ignorent légalement et, souvent aussi en fait, l'instance en divorce jusqu'au jour de la transcription. Connaissent-ils le jugement de divorce ? Ils refuseront dans ce cas de traiter avec les époux, car jusqu'à l'accomplissement de la transcription, rien ne peut leur assurer que les effets du divorce pourront se produire. Pendant le délai qui s'écoule depuis le jour du jugement de divorce et celui de la transcription il n'y a plus de sécurité pour les transactions commerciales, le crédit des époux en souffre et l'intérêt des tiers est sacrifié. De telles conséquences, suffisent pour faire repousser l'opinion qui les engendre.

D'autre part, l'ordre public ne peut souffrir que l'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux individus sont ou ne sont pas époux, et en conséquence à quelles lois ils sont soumis pour leurs droits, leur capacité et surtout pour leurs devoirs ⁽²⁾.

(1) Sénat, Séance du 12 déc. 1885, *Journ. off.*, précité.

(2) Motifs, Cass. req., 18 avril 1893, précité.

En résumé, les textes, les travaux préparatoires, l'équité, l'intérêt même des époux, les principes supérieurs de l'ordre public nous commandent de repousser le principe de la rétroactivité au jour du jugement et d'admettre l'opinion d'après laquelle le jugement de divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription; il s'ensuit que le mariage n'est dissous que le jour où la transcription est opérée, et par conséquent, que les conventions matrimoniales des époux sont réputées subsister à l'égard des tiers jusqu'au moment de la transcription.

En cas de transcription tardive, due soit à la faute de l'officier de l'état civil soit au défaut de réquisition provenant d'un cas de force majeure, à quel moment convient-il de fixer le point de départ des effets du divorce? — La jurisprudence n'a eu, jusqu'à présent, à se prononcer que sur la première hypothèse : elle a sacrifié l'intérêt des tiers et a décidé que les effets du divorce rétroagiraient au jour où la transcription régulièrement requise par eux aurait dû être effectuée (1). Pour la seconde hypothèse, en l'absence de toute indication, nous pensons que les principes juridiques exigent que seule la date de la transcription réellement effectuée puisse être acceptée. Si ce système fait supporter aux époux les conséquences d'un retard qui ne leur est pas imputable, il a, en revanche, le grand avantage de respecter les intérêts des tiers.

Ajoutons, pour terminer, que le non-accomplissement des formalités de publicité reste sans influence sur la réalisation du divorce : seule la transcription est nécessaire et suffisante pour la dissolution du mariage.

(1) C. Amiens, 29 avril 1890, S., 92. 2. 153. — C. Angers, 23 juin 1893, S., 93. 2. 164. — L'officier de l'état civil est exposé non seulement à une amende mais encore à des dommages-intérêts; Trib. civ. de Troyes, 9 mai 1900, D., 03. 2. 477.

Le droit des tiers auxquels le défaut de publicité aura porté préjudice se bornera à réclamer des dommages-intérêts à l'un ou à l'autre des époux.

§ II. *Ce qu'il faut entendre par tiers.*

En règle générale on distingue, quand on veut déterminer les effets d'un acte juridique, trois catégories de personnes : les parties contractantes, leurs ayants cause d'une part et les tiers, d'autre part. Les parties et leurs ayants-cause sont les personnes qui, au point de vue des droits, sont dans la même situation, dans les mêmes conditions et vis-à-vis desquelles l'acte produit effet; au contraire on entend en principe par tiers toute personne qui n'a pas participé à l'acte et qui n'y a pas été valablement représentée et vis-à-vis de laquelle, par conséquent, l'acte ne peut produire aucun effet.

Mais peu de notions sont plus équivoques dans notre droit que celle de la qualité de tiers : il est en effet impossible d'en donner une définition *a priori* et de dire telle personne est un tiers ou un ayant-cause : « Ce mot est bien loin » d'avoir une signification précise et uniforme; il affecte des » sens presque aussi divers que les théories à propos des- » quelles on le trouve employé; c'est une de ces expressions » juridiques qu'il faut entendre d'après le but que le législa- » teur, en décrétant les règles de la matière, s'est proposé » d'atteindre » (1).

Puisque nulle part dans notre code nous ne trouvons une définition de cette expression *tiers*, nous devons nous inspirer, pour résoudre la question, des motifs qui ont poussé les

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, III bis, p. 700.

rédacteurs du code à décider que le jugement de divorce ne rétroagirait pas à l'égard des tiers.

On ne peut songer à tirer un argument sérieux du texte de l'article 252 *in fine* : « Le jugement dûment transcrit » remonte, quant à ses effets *entre époux*, au jour de la » demande ». Nous avons reconnu à ce texte un caractère tout à fait exceptionnel et comme tel il doit recevoir une interprétation restrictive : la disposition qu'il édicte doit être strictement limitée aux époux. Par un raisonnement *a contrario* seraient tiers toutes les autres personnes, c'est-à-dire non seulement les tiers proprement dits, ceux qui n'ont jamais eu de relations juridiques avec les parties (art. 1165) et que Dumoulin appelle *Penitus extranei*, mais encore les ayants-cause des époux.

Mais alors les héritiers des époux, dont le droit ne peut naître forcément qu'après que le divorce est devenu irrévocable par la transcription du jugement, vont bénéficier d'une faveur refusée à leur auteur. Cela n'est pas admissible. Comment justifier cette différence? Rien dans le Code ne nous autorise à admettre une pareille dérogation aux principes juridiques. Les articles 1319 et 1322 établissent l'antithèse la plus nette entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause d'une part et les tiers d'autre part. Même dans l'article 1321, qui est le plus restrictif de notre Code et qui reconnaît la qualité de tiers chez tous ceux qui, n'ayant pas figuré dans la contre-lettre, ont intérêt à invoquer les dispositions de l'acte ostensible et simulé pour sauvegarder les droits qu'ils tiennent des parties contractantes, on n'a jamais eu la prétention de faire rentrer parmi ces tiers toutes les personnes comprises dans la catégorie des ayants-cause. On est d'accord pour reconnaître la qualité de tiers, dans le sens de l'article 1321, d'abord aux ayants-cause

à titre particulier des parties puis aux créanciers chirographaires ⁽¹⁾, sans distinguer suivant qu'ils font valoir leurs droits propres ou qu'ils exercent les droits de leur débiteur en vertu de l'article 1166 ⁽²⁾; mais la liste s'arrête là; les héritiers légitimes des parties, leurs successeurs irréguliers, leurs légataires ou donataires universels ou à titre universel qui sont des successeurs à la personne de leur auteur sont censés avoir figuré dans la contre-lettre, bien qu'ils ne l'aient pas signée ⁽³⁾.

Il faut donc renoncer à l'argument *a contrario* tiré de l'article 252 : il conduit à des conséquences inacceptables. Si le législateur avait voulu admettre une telle dérogation, il nous aurait certainement donné un texte. Les héritiers des époux doivent être traités comme les époux eux-mêmes.

L'étude de la jurisprudence ne nous fournit que deux arrêts rendus en matière de séparation de corps; nous ferons l'application de ces solutions au cas du divorce. Le premier est un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1869 ⁽⁴⁾ qui décidait qu'en cas de faillite du mari les créanciers chirographaires *antérieurs* au jugement, représentés par le syndic, étaient des tiers à l'égard desquels la séparation de biens n'a d'effet que du jour du jugement de la séparation de corps. Le second est un arrêt du 16 juillet 1881 ⁽⁵⁾ où la cour de Lyon considérait encore comme tiers le créancier hypothécaire du mari dont le droit était né et dont l'hypothèque

⁽¹⁾ Cass. civ., 8 mars 1893, D., 93. 1. 243. — Cass. req., 15 juill. 1896, S., 1900. 1. 483. — Cass. req., 15 fév. 1897, D., 97. 1. 247. — C. Grenoble, 19 janv. 1897 D., 99. 2. 17.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.*, III *bis*, p. 752.

⁽³⁾ Iluc, VIII, n. 233, p. 287; Aubry et Rau, VIII, p. 267, § 756 *bis*; Laurent XIX, n. 188; Planiol, II, 2^e édit., n. 1195; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, III, p. 753.

⁽⁴⁾ Cass. civ., 12 mai 1869, S., 69. 1. 301.

⁽⁵⁾ C. Lyon, 16 juill. 1881, S., 82. 2. 237.

avait été inscrite sur un immeuble de la communauté *pendant la durée de l'instance*.

Il résulte de ces deux espèces qu'il s'agit de créanciers dont le droit est né *antérieurement* au jugement de séparation de corps : la femme n'est pas fondée à leur opposer l'effet rétroactif de ce jugement.

Comme il serait un peu téméraire de tirer une formule générale de deux décisions seulement, nous sommes obligé de revenir à notre point de départ et de nous demander pourquoi le divorce ne rétroagit pas à l'égard des tiers.

Le législateur a voulu tenir à l'écart toute personne qui aurait intérêt à spéculer sur l'issue du procès, c'est-à-dire tous ceux qui ont des droits nés avant cette même date. Ceux qui sont susceptibles de contracter avec les époux ne sont pas avertis de la demande en divorce par une formalité de publicité quelconque : peu leur importe de savoir que tels époux sont en instance de divorce, quand la loi leur assure à titre de gage commun tous les biens de la communauté jusqu'au jour où le divorce sera devenu définitif et porté à la connaissance de tous par la transcription.

Toute la difficulté se résout donc par une question de date ; d'un côté nous avons tous ceux *dont les droits sont nés avant la transcription du jugement de divorce*, ceux-là *peuvent invoquer la qualité de tiers, sinon ils pourraient intervenir dans les démêlés des époux* ; quant à ceux dont les droits sont nés postérieurement à la transcription, ils ne peuvent être que des ayants-cause qui ne sauraient avoir plus de droits que leur auteur, l'effet rétroactif du jugement de divorce pourra leur être opposé mais il pourra également être invoqué par eux.

Il nous reste à faire l'application du principe que nous venons de dégager en passant rapidement en revue les diffé-

rentes catégories de personnes qui peuvent se prévaloir de la qualité de tiers.

D'abord les tiers *penitus extranei*, cela est évident; ils sont garantis par le principe tutélaire *Res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* (art. 1165).

La difficulté ne peut naître que pour les ayants-cause à titre particulier, c'est-à-dire ceux qui tiennent leur droit de leur auteur relativement à un objet particulier; ils pourront invoquer la qualité de tiers si les droits qu'ils ont acquis des époux sont antérieurs à la transcription : au contraire ils ne seront plus que des ayants-cause si leurs droits sont postérieurs à cette transcription.

Quant aux ayants-cause à titre universel une distinction s'impose : d'une part les héritiers des époux dont le droit ne peut naître forcément qu'après la transcription ne pourront jamais invoquer la qualité de tiers; pour les créanciers chirographaires, au contraire, ils invoqueront la qualité de tiers si leurs créances sont nées antérieurement à la transcription.

La question se trouve ainsi résolue d'une façon très simple : les droits dont se prévalent les créanciers de la communauté ou les créanciers personnels du mari ou de la femme sont-ils nés antérieurement ou postérieurement à la transcription? Dans le premier cas, les créanciers sont des tiers; dans le second, ce sont des ayants-cause. La détermination de cette date ne saurait soulever de difficulté que lorsque le droit des créanciers est fondé sur un acte sous signature privée.

Doivent-ils, pour invoquer la qualité de tiers, produire un acte ayant acquis date certaine avant le divorce? Nous ne le pensons pas : la femme n'est pas un tiers à l'égard du mari. Par exemple, la femme ne peut pas exiger un titre ayant

date certaine des personnes avec lesquelles le mari a traité, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur légal des biens de sa femme. Dans ces deux cas la femme est réputée partie contractante, elle ne peut pas se prévaloir de l'article 1328. En effet, si la femme accepte la communauté, elle est réputée avoir concouru aux actes passés par le mari en sa qualité de chef de la communauté ; ou bien, le mari a agi en qualité d'administrateur des biens de sa femme, c'est un mandataire légal ; or, le mandataire représente son mandant ⁽¹⁾. La femme n'est pas un tiers, puisqu'elle a été représentée à l'acte : cet acte fait foi contre elle, bien qu'il n'ait pas acquis date certaine avant la dissolution du mariage ; la preuve de l'antidate reste à sa charge ⁽²⁾.

Quant aux créanciers de la femme ils ont peu d'intérêt à invoquer la qualité de tiers ; il sera en général plus avantageux pour eux de se présenter comme ayants-cause de la femme et de considérer la communauté comme dissoute le jour de la demande. Si cependant ils le voulaient, ils devraient produire un titre antérieur à la transcription, cas peu fréquent dans la pratique, car il faut supposer que le mari a pendant le mariage autorisé sa femme à contracter et que celle-ci a passé le contrat avant la transcription. Les créanciers ont ainsi pour débiteurs, la femme, la communauté, le mari. La femme a agi en qualité de mandataire du mari ; or le mandant n'est pas un tiers au sens de l'article 1328, la preuve de l'antidate reste à sa charge.

En résumé, dans l'un et l'autre cas, le mari et la femme

⁽¹⁾ Guillouard, *Du mandat*, n. 185 ; Aubry et Rau, IV, § 655, note 17 et VIII, p. 259, § 756 ; Laurent, XXII, n. 113. — C. Nancy, 25 juill. 1868, S., 69. 2. 86. — C. Bordeaux, 16 janv. 1878, S., 78. 2. 252.

⁽²⁾ Cass. req., 13 mars 1854, S., 54. 1. 530.

ont été représentés à l'acte, ils sont parties contractantes, la date de l'acte fait foi contre eux. Si une antidate a été réellement commise, il leur reste la suprême ressource de prouver l'inexactitude de la date, preuve qu'ils peuvent administrer par tout moyen quelconque.

SECTION II

LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ VIS-A-VIS DES TIERS

Vis-à-vis des tiers la communauté subsiste tant que dure le mariage lui-même, c'est-à-dire jusqu'au jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

Les développements que nous avons fournis dans notre chapitre premier sur la liquidation, envisagée dans les rapports des époux entre eux, nous permettent d'être bref sur la liquidation de la communauté vis-à-vis des tiers : ce sont les mêmes principes qui s'appliquent, sauf à remplacer l'expression *jour de la demande* par *jour de la transcription*. En effet, la communauté ne peut pas être considérée comme dissoute avant que les tiers en soient avertis : or les créanciers de la communauté, qui sont des tiers, doivent avoir pour gage tous les biens qui d'après le droit commun tombent en communauté jusqu'au jour de la dissolution de l'union conjugale. La femme, en renouçant à la communauté, ne peut éviter cette conséquence. Il faut aller plus loin et dire que les biens qui sont tombés en communauté depuis le jour de la demande jusqu'au jour de la transcription sont le gage exclusif des créanciers communs et que par conséquent ces derniers priment sur ces biens les créanciers personnels des époux, tout au moins ceux dont les droits sont nés postérieurement au jour de la transcription.

*
* * *

Ainsi l'article 1401, qui règle la composition de l'actif de la communauté, va désormais recevoir son entière application : jusqu'au jour de la dissolution du mariage tout le mobilier apporté par les époux ou acquis par eux soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, tous les fruits et revenus des propres des époux et des biens communs, les intérêts des récompenses et des reprises qui courent pendant l'instance dans les rapports des époux entre eux, enfin tous les immeubles acquis à titre onéreux viennent grossir le gage des créanciers de la communauté.

De même, en ce qui concerne le passif, à l'égard des tiers la communauté subsiste toujours avec le mari comme chef pouvant l'obliger et même la ruiner ⁽¹⁾. Déjà, dans les rapports des époux entre eux, nous avons été obligé de reconnaître au mari, bien que la demande en divorce eût changé profondément sa situation, le pouvoir d'obliger la communauté mais seulement dans les limites de son administration et à la charge pour lui de justifier les dépenses faites dans l'intérêt de la gestion du patrimoine commun ; mais dans les rapports avec les tiers il n'est pas un administrateur comptable, il peut leur vendre les immeubles (art. 1421), disposer en leur faveur des meubles communs à titre onéreux ou à titre gratuit, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit (art. 1422). Toutes les dettes mobilières des époux, toutes les obligations contractées par le mari ou par la femme autorisée de son mari, quelle qu'en soit l'origine licite ou illicite, résultant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, les réparations usufruituaires des immeubles propres sont encore à la charge de la communauté.

(1) C. Limoges, 21 déc. 1869, S., 70. 2. 17, en matière de séparation de corps.
Dueamp

Ainsi jusqu'à la transcription les tiers qui, pendant l'instance, ont contracté avec la femme autorisée de son mari peuvent toujours invoquer l'article 1419 et poursuivre le paiement de leurs créances tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme. De même la communauté est tenue envers les créanciers d'acquitter le passif correspondant à l'actif mobilier des successions échues depuis la demande et les intérêts des dettes propres des époux qui ont couru jusqu'au moment de la transcription. Si, sur la poursuite des créanciers, la communauté a été obligée de payer l'une des dettes visées dans ces trois hypothèses, elle aura droit à une récompense, mais l'exercice de ces sortes de récompenses ne saurait nuire aux créanciers personnels des époux qui sont des tiers au sens de l'article 252.

En sens inverse, si les créanciers de la communauté faisaient saisir une succession mobilière échue à l'un des époux après le jour de la demande ou les intérêts de ses biens propres échus pendant l'instance, cet époux dont le patrimoine aurait servi à désintéresser ces créanciers aurait droit à une récompense, mais ce droit à une indemnité n'existerait qu'à l'égard de son conjoint, auquel il peut opposer l'effet rétroactif du jugement de divorce, mais non vis-à-vis des autres créanciers qui ont la qualité de tiers, pour lesquels par conséquent la communauté subsiste jusqu'à la transcription; or un droit à récompense ne peut naître que pendant l'existence de la communauté. Cet époux ne pourrait se faire payer qu'après désintéressement complet des tiers, c'est-à-dire de tous les créanciers communs et même parmi les créanciers personnels de l'autre époux ceux dont les droits sont nés avant la transcription.

C'est toujours le mari qui figure tant en demandant qu'en défendant dans toutes les actions qui intéressent la commu-

naulé et dans les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Si, par l'exercice imprudent d'une de ces actions, la femme se trouve lésée, elle a un recours contre son mari; mais les indemnités qu'elle est en droit de lui réclamer ne peuvent jamais diminuer les droits des tiers. Par suite, pour le paiement de ces indemnités, la femme ne saurait venir à contribution avec les tiers, ni faire valoir à leur encontre son hypothèque légale.

La femme ne pourrait pas, avons-nous dit, se prévaloir de son hypothèque légale à l'égard des tiers pour le paiement de ces diverses indemnités; en voici la raison : *à leur égard, ces indemnités n'existent même pas comme créances chirographaires*, et cela par suite du caractère rétroactif de l'art. 252. Mais vis-à-vis de ceux qui n'ont pas la qualité de tiers, notamment les créanciers du mari dont les droits sont nés postérieurement à la transcription, ces créances existent et elle peut leur opposer son hypothèque légale.

Cependant, bien que la communauté subsiste vis-à-vis des tiers, la femme ne peut plus obliger la communauté en vertu du mandat tacite qu'elle tient de son mari pour se procurer les fournitures nécessaires à l'entretien du ménage; ce mandat ne saurait survivre à la vie commune. Pendant l'instance, en effet, la femme et quelquefois le mari ⁽¹⁾ sont autorisés à avoir un domicile séparé, il n'y a plus de vie commune ⁽²⁾. La femme a dès lors la ressource de s'adresser au président du tribunal pour obtenir de son mari une pension alimentaire devant servir à son entretien et à celui de ses enfants.

Néanmoins, il serait équitable de permettre aux créanciers de recourir contre le mari, si celui-ci refusait tout secours à

(1) C. Bruxelles, 29 janv. 1902, D., 02. 2. 199.

(2) C. Paris, 30 déc. 1896, D., 97. 2. 310. — C. Paris, 25 mai 1898, D., 99. 2. 309.
— Cpr. la note de M. Binet, sous Paris, 5 janv. 1904, D., 05. 2. 249.

sa femme; le devoir d'assistance entre époux subsiste, en effet, tant que dure le mariage.

En résumé, les créanciers communs peuvent poursuivre l'exécution de leurs droits sur tous les biens qui, vis-à-vis d'eux, tombent en communauté jusqu'au jour de la transcription : ils n'ont pas à craindre de voir annuler, en vertu de l'effet rétroactif du divorce, leur saisie pratiquée sur l'actif des successions mobilières échues à la femme après la demande ou sur les intérêts de ses propres échus au cours de l'instance.

Nous ne connaissons pas d'arrêts sur la question, mais il nous est permis de tirer argument de certaines décisions rendues en matière de séparation de biens principale : c'est la solution opposée qui y est consacrée, mais il ne faut pas oublier que les raisons invoquées par ces arrêts, pour décider ainsi, seraient précisément celles qui conduiraient à la solution inverse en matière de divorce. Car, contrairement au principe édicté dans l'article 252 *in fine*, l'effet rétroactif de la séparation de biens principale est *absolu*.

C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Bordeaux du 11 mai 1843 ⁽¹⁾ a décidé que la saisie des fruits et revenus des biens propres de la femme, faite par un créancier du mari depuis la demande en séparation, tombe par l'effet du jugement qui prononce ultérieurement cette séparation; peu importerait d'ailleurs que le commandement à fin de saisie fût antérieur à la demande; — un arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1845 ⁽²⁾, qu'une saisie-arrêt de sommes appartenant à la femme, faite sur le mari après la demande, est annulée par l'effet du jugement ultérieur qui prononce la séparation;

(1) C. Bordeaux, 11 mai 1843, S., 43, 2. 542.

(2) Cass. civ., 22 avril 1845, S., 46. 1. 555.

— enfin un arrêt de la cour de Bordeaux du 14 juillet 1870 ⁽¹⁾, que la femme qui a obtenu sa séparation de biens peut revendiquer les fruits de ses propres saisis-brandonnés sur son mari mais non détachés du sol avant sa demande en séparation.

*
* *

Mais si la femme est obligée de respecter les droits régulièrement acquis par les tiers, il lui reste cependant la double ressource : ou bien d'invoquer l'article 243, qui a le grand avantage d'annuler l'acte même à l'égard des tiers, bien que la rétroactivité ne leur soit pas opposable; mais l'exercice de cette action est subordonné à des conditions rigoureuses que nous avons déjà rencontrées en traitant du compte d'administration du mari, nous n'avons donc pas à y revenir; — ou bien, si la femme n'arrive pas à faire tomber les actes consentis aux tiers par son mari, elle peut invoquer contre lui l'article 252 *in fine*, qui la dispense de prouver la fraude pour faire tomber l'acte, mais comme cet acte est valable au regard des tiers elle ne peut lui réclamer que la réparation du préjudice qu'elle a souffert. Cette indemnité est égale au montant du dommage causé; en effet, dans les rapports des époux entre eux, dès le jour de la demande, le mari a perdu ses pouvoirs de disposition et est devenu un administrateur responsable; il doit compte à sa femme de tous les biens qui sont sortis du patrimoine commun; peu importe qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi. Néanmoins pour les actes de pure administration il ne saurait être tenu qu'en cas de faute lourde, négligence ou imprudence.

(1) C. Bordeaux, 14 juillet 1870, S., 71. 2. 13.

*
* * *

Une difficulté s'élève sur le calcul du bénéfice d'émolument accordé à la femme par l'article 1483 : faut-il apporter une exception au principe de la non-rétroactivité à l'égard des tiers ?

On serait tenté de répondre par l'affirmative ; ce bénéfice d'émolument est fondé sur l'équité, or l'équité exige que la femme acceptante ne soit tenue que de tout ce qu'elle a amendé aux dépens de la communauté, c'est-à-dire tout ce qui lui est échu par le partage à *titre de femme commune*, à raison de la composition de la communauté au jour de la demande. L'émolument serait toujours calculé de la même manière, que la femme opposât ce bénéfice d'émolument à son mari ou aux tiers.

Mais nous avons limité strictement l'effet rétroactif de l'article 252 aux rapports des époux entre eux ; dans aucun cas les conjoints ne peuvent se prévaloir de cette rétroactivité vis-à-vis des tiers et les tiers ne peuvent jamais l'invoquer contre eux. Il faut nécessairement décider, pour ne pas créer une exception qui ne reposerait sur aucun texte, que les tiers sont fondés à faire rentrer fictivement dans l'émolument de la femme la part qui lui serait revenue dans l'actif des successions mobilières échues depuis la demande, comme si ces successions étaient tombées en communauté. En revanche, la femme pourrait déduire de son émolument, à l'égard des tiers, le passif correspondant à cet actif mobilier, de même que sa part dans les dettes contractées depuis la demande qui seraient tombées dans la communauté, si cette dernière n'avait pas été dissoute.

La femme pouvait échapper à cette solution rigoureuse en renonçant purement et simplement à la communauté ; si elle

ne l'avait pas fait, il faudrait lui accorder un recours contre son mari dans la mesure où elle aurait payé les créanciers communs au delà de son émolument réel.

*
* *

Ainsi à l'égard des tiers le notaire liquidateur devra prendre pour base d'opération le jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil et non celui de la demande en divorce.

*
* *

Nous avons ainsi délimité les droits respectifs de chaque époux soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec les tiers. Après avoir terminé les différentes opérations nécessaires pour dégager l'actif net partageable, le notaire liquidateur doit procéder au partage par moitié des biens communs sans distinguer entre l'époux innocent et l'époux coupable, car le divorce lui-même ne déroge pas à cette règle générale.

•

CONCLUSION

Le but de notre étude était de rechercher et de mettre en évidence les principes généraux qui doivent guider un praticien chargé de dresser la liquidation d'une communauté légale dissoute par suite du divorce des époux.

Nous ne pouvions faire une œuvre *purement pratique* qui ne va pas sans formules et sans exemples concrets, parce que nous avons pensé qu'aucune formule, en ses données préétablies, ne saurait s'adapter à l'innombrable variété des cas et des espèces. Si nous avons observé, dans l'étude des différentes questions qui se posaient à notre examen, la méthode adoptée en général par la pratique notariale pour l'établissement des liquidations de communauté, c'est qu'il nous a semblé que cette méthode respecte davantage l'ordre chronologique dans lequel les problèmes que soulève la liquidation après divorce se présentent à l'esprit de l'interprète.

Nous avons voulu examiner d'aussi près que possible tous les problèmes que notre question soulève dans la pratique journalière; nous avons essayé de concrétiser notre étude, parce que nous pensons que le droit doit être avant tout une science d'application qui ne peut demeurer étrangère aux besoins de la vie courante, mais qui doit, au contraire, se modeler sur eux pour chercher à les satisfaire.

En un mot, nous sommes efforcé de faire de la *théorie appliquée*. Sans doute, les principes généraux doivent former

la base de toute pratique; ils y sont nécessaires, pourrait-on dire avec Leibnitz, « comme les muscles et les tendons le sont pour marcher »; mais, en revanche, la pratique est également l'auxiliaire indispensable de la théorie : tantôt elle la confirme ou la complète, tantôt elle permet d'en corriger ou d'en prévenir les erreurs. La vérité doctrinale se trouve, en effet, au point de jonction de l'étude spéculative et de la pratique habituelle du droit. Certes, s'il est indispensable de connaître l'origine des principes généraux du droit, il n'est pas moins nécessaire de savoir non seulement comment ils se solutionnent journellement dans l'étude du praticien, mais encore d'en suivre l'application jusque dans la jurisprudence.

Et cette alliance de la théorie et de la pratique n'est pas un vain mot : la jurisprudence s'en fait l'écho chaque jour.

Les tribunaux servent ainsi d'intermédiaires entre la théorie et la pratique : c'est à la jurisprudence qu'il appartient de solutionner les conflits, nés du respect qu'elle doit à l'intention des parties et à l'interprétation des principes généraux du droit. Son rôle consiste, en effet, tantôt à rappeler les praticiens au respect des principes lorsqu'ils s'en écartent, tantôt à harmoniser notre droit et à le mettre en état de satisfaire les besoins nouveaux.

Le but même de notre travail nous obligeait donc à faire une étude complète de la jurisprudence en matière de divorce.

Ce sont les tribunaux qui, en présence de la rédaction vague et incomplète de la loi du 18 avril 1886, se sont efforcés de préciser la portée de certains textes, au risque d'être contraints parfois de suppléer au silence du législateur. Ils étaient, d'ailleurs, d'autant mieux qualifiés pour interpréter et compléter la loi de 1886 que cette loi était en partie leur œuvre.

Nous avons donc eu recours à la jurisprudence pour essayer notamment de fixer juridiquement le jour de la demande et de préciser la notion de l'effet rétroactif attaché au jugement du divorce.

La jurisprudence nous a encore permis de sortir du cadre trop étroit de certains textes pour donner satisfaction aux nécessités de la pratique : par exemple c'est elle qui, pour sauvegarder les droits de la femme en présence d'un mari négligent ou vindicatif, a non seulement étendu très largement les mesures provisoires de protection qui lui sont accordées par l'article 242, mais lui a encore permis d'accepter tacitement la communauté avant la dissolution du mariage pour éviter les déchéances édictées par l'article 1463.

L'étude à laquelle nous nous sommes consacré nous a permis de mettre en évidence, pour une matière juridique particulièrement importante, le rôle véritablement prétorien des tribunaux : ils ont peut-être à propos du divorce plus que partout ailleurs cherché à harmoniser les principes législatifs qui ne répondaient plus aux idées modernes. C'est ainsi qu'ils ont mis tous leurs efforts à sauvegarder l'indépendance personnelle de chaque époux contre l'effet trop absolu du régime de communauté pour donner le plus possible satisfaction aux tendances individualistes actuelles.

VU : LE PROFESSEUR, PRÉSIDENT DE LA THÈSE :

L. DIDIER.

VU : LE DOYEN :

H. MONNIER.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 21 février 1908.

Le Recteur de l'Académie,

R. THAMIN.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 4^e édit., 8 vol. Paris, 1869-1879. Sp. V.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 7^e édit., 3 vol. Paris, 1899-1900.
— Note, D., 93. 2. 185.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — Des obligations, 3^e édit., 4 vol. Paris, 1906-1907. Sp. III bis.
- BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU et CHÉNEAUX. — Des personnes, 2^e édit., 4 vol. Paris, 1902. Sp. III.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Le COURTOIS et SURVILLE. — Du contrat de mariage, 3^e édit., 3 vol. Paris, 1906. Sp. II.
- BERTHEAU. — Répertoire raisonné de la pratique des affaires, 8 vol. parus.
- BINET. — Note D., 1905. 2. 249.
- BOULANGER. — Note D., 65. 1. 345.
- BOURJON. — Le droit commun de la France, 2 vol. Paris, 1770.
- BRÉSILION. — *Revue critique*, 1856.
— Note D., 99. 2. 387.
- BUFNOIR. — *Bulletin de législation comparée*, 1896.
- CARPENTIER. — Traité théorique et pratique du divorce, 2 vol.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des droits d'enregistrement, 2^e édit., 6 vol. Paris, 1839.
- COLMET DE SANTERRE. — Voir Demante.
- COQUELIN. — Note D., 1904. 2. 177.
- COULON. — Le divorce et la séparation de corps, 5 vol. Paris, 1890.
- CURET. — Code du divorce et de la séparation de corps. Paris, 1887.
- DANION. — Conclusions rapportées dans « *Le Droit* », 1^{er} janvier 1889.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale.
— Répertoire périodique, Supplément au répertoire.
- DEFRÉNOIS. — Traité pratique et formulaire des liquidations et partages, 4^e édit., 2 vol. Paris, 1907.
— Répertoire général périodique du notariat.
- DE LOYNES. — Note D., 90. 2. 137. — D., 02. 2. 97.
- DEMANTE. — Cours analytique du code Napoléon, continué par Colmet de Santerre, 9 vol. Paris, 1849-1884. Sp. VI.

— *Revue critique*, 1866, XXIX.

DEMOLOMBE. — Cours du code Napoléon, 4^e édit., 31 vol. Paris, 1869-1882. Sp.
Contrat de mariage, II.

DENIS. — Rapport dans D., 94. 1. 67.

DENIZART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 7^e édit., 4 vol. Paris, 1771.

DEVILLENEUVE. — Note S., 55. 1. 404.

Droit (Le). — Journal quotidien.

DUBOIS. — Article dans le *Journal des assurances*, 1883.

DUMAINE. — Du contrat d'assurance sur la vie en droit civil et en droit fiscal, 2^e édit.

DUPIN. — Note S., 58. 1. 5.

DUPUICH. — Traité pratique de l'assurance sur la vie. Paris, 1900.

— Note D., 98. 2. 369, D., 02. 2. 329, D., 03. 1. 433, D., 03. 2. 377.

ESMEIN. — *Revue critique*, 1877.

— Note S., 86. 2. 89.

FÉRAUD-GIRAUD. — Note S., 90. 1. 255.

FERRIÈRE. — Sur la coutume de Paris, 4 vol. Paris, 1714.

FUZIER-HERMAN. — Répertoire du droit français.

GARÇONNET. — Traité théorique et pratique de procédure, 2^e édit., 8 vol. Paris, 1898.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

GUILLOUARD. — Traité du contrat de mariage, 4 vol. Paris, 1885-1888. Sp. II et III.

— Traité des contrats aléatoires et du mandat, 2^e édit. Paris, 1894.

GUY COQUILLE. — Les œuvres de Maistre Guy Coquille, 2 vol. Bordeaux, 1703.

HOUPIN. — Rapport dans *Journal du notariat*, 1890.

HUC. — Commentaire théorique et pratique du code civil, 15 vol. Paris, 1892-1903. Sp. IX.

Journal officiel. — Sénat : Débats parlementaires, 1885-1886.

Journal des assurances.

Journal de l'enregistrement.

Journal du notariat.

LABBÉ. — Note S., 72. 1. 313; S., 77. 1. 393; S., 81. 1. 337; S., 83. 1. 241; D., 85. 1. 369; S., 89. 2. 121; S., 91. 2. 185; S., 94. 1. 6.

LACOSTE. — Note S., 91. 1. 73.

LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, 7 vol., nouv. édit. Paris, 1885.

LAURENT. — Principes de droit civil français, 2^e édit., 33 vol. Bruxelles-Paris, 1869-1878. Sp. III et XXII.

LEBRUN. — Traité de la communauté, Paris, 1754.

LEVILLAIN. — Note D., 79. 2. 25.

LE THIEUR. — De la liquidation de la communauté après l'acceptation. (Th. Bordeaux, 1900).

- LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Paris, 1827-1832, 31 vol.
- LYON-CAEN. — Note S., 77. 2. 33, S., 02. 1. 305.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du code Napoléon, 6^e édit., 13 vol. Paris, 1866-1868-1869.
- *Revue critique*, 1854, IV.
- MOURLON. — Note D., 65. 2. 75.
- MASSIGLI. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 457.
- PANDECTES FRANÇAISES. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence.
- PETIT. — Manuel pratique et formulaire des déclarations de successions, 2^e édit. Paris, 1905.
- PIC. — Note D., 05. 1. 217.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édit., 3 vol. Paris, 1906.
- *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888.
- Note D., 94. 1. 337, D., 05. 2. 1.
- PONT. — Traité des petits contrats, 2 vol. Paris, 1863-1867.
- POTHIER. — Traité de la communauté, 2 vol. Paris, 1821.
- Traité des successions. Paris, 1821.
- Traité des fiefs. Paris, 1821.
- Traité des donations, 2 vol. Paris, 1821.
- PROPHÈTE. — De l'effet rétroactif du jugement de divorce. Th. Lille, 1902.
- RENUSSON. — Traité des propres réels. Paris, 1780.
- RÉPERTOIRE périodique de l'enregistrement.
- Revue du notariat et de l'enregistrement.*
- RODIÈRE et PONT. — Traité du contrat de mariage, 2^e édit., 3 vol. Paris, 1868-1869, Sp. II.
- SALEILLES. — Note D., 03. 1. 5.
- SIREY. — Recueil des lois et arrêts.
- SOULIÉ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, XXIV.
- THALLER. — *Réforme sociale*, 1897.
- Note D., 88. 2. 1.
- TISSIER. — Rapport dans le Bulletin de la Société d'études législatives, 1901-1902.
- TROPLONG. — Droit civil expliqué, 27 vol. Paris, 1843-1857. Sp. Contrat de mariage, III.
- VALETTE. — *Revue pratique*, 1858.
- VERDIER. — *Revue pratique*, 1876.
- VRAYE et GODE. — Le divorce et la séparation de corps, 2^e édit., 2 vol. Paris, 1887.
- WAHL. — Etude dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902.
- Note S., 1900. 2. 1, S., 04. 2. 105.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Observations préliminaires</i>	9
§ I. Ce qu'il faut entendre par jour de la demande	10
§ II. Des déchéances encourues par l'époux coupable	25
§ III. Acceptation de la communauté. Art. 1463	73
§ IV. Du compte d'administration du mari	83

DEUXIÈME PARTIE

Liquidation proprement dite.

CHAPITRE PREMIER. — <i>De la liquidation dans les rapports des époux entre eux</i>	107
<i>Section première.</i> — De la rétroactivité du jugement de divorce	107
§ I. Justification de l'article 252 <i>in fine</i>	108
§ II. Son champ d'application	116
<i>Section II.</i> — Des reprises en nature. Des propres	122
<i>Section III.</i> — Des reprises en valeur ou en deniers	128
§ I. De la masse commune	128
§ II. De la liquidation des récompenses. Du compte-courant. . . .	135
<i>a)</i> Des reprises, Récompenses dues par la communauté aux époux.	142
<i>b)</i> Des récompenses dues à la communauté par les époux. . . .	145
§ III. Des rapports.	161
§ IV. Des prélèvements.	171
CHAPITRE II. — <i>De la liquidation au point de vue des rapports des époux avec les tiers</i>	195
Ducamp	15

	Pages
<i>Section première.</i> — Le jugement de divorce n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers.	195
§ I. Quel est le jour de la dissolution de la communauté vis-à-vis des tiers.	196
§ II. Ce qu'il faut entendre par tiers.	202
<i>Section II.</i> — De la liquidation de la communauté à l'égard des tiers . .	208
CONCLUSION.	217

